

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DES FONDATEURS

DE

SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 2 Juillet 1896

PAR

Jean PERCEROU

Avocat

Lauréat de la Faculté de Droit, Lauréat du concours général des Facultés de Droit (1893).

Sous la présidence de M. BAILLY, doyen

SUFFRAGANTS : { MM. DESSERTAUX, professeur
GÉNY, professeur

MONTBÉLIARD

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE DE P. HOFFMANN

—
1896



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DES FONDATEURS

DE

SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 2 Juillet 1896

PAR

Jean PERCEROU

Avocat

Lauréat de la Faculté de Droit, Lauréat du concours général des Facultés de Droit (1893).

Sous la présidence de M. BAILLY, doyen

SUFFRAGANTS : { MM. DESSERTAUX, professeur
GÉNY, professeur

MONTBÉLIARD

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE DE P. HOFFMANN

—
1896

A MON PÈRE — A MA MÈRE

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE, P. HOFFMANN, MONTBÉLIARD (DOUBS).

DES FONDATEURS DE SOCIÉTÉS ANONYMES

INTRODUCTION

Comme toute association humaine, une société anonyme est plus spécialement l'œuvre de quelques-uns de ses membres. On ne conçoit point que, mus par quelque mystérieuse harmonie des pensées, ils aient tous en même temps la même idée de s'unir pour atteindre un même but, de telle sorte que chacun prendrait une part égale à l'organisation de l'entreprise. Les choses ne se passent pas ainsi : en fait, l'initiative n'appartient pas à la collectivité, mais à quelques hommes plus intelligents, plus riches ou plus hardis. Ils conçoivent un projet, l'étudient, réunissent des souscriptions, créent la société anonyme : ce sont ses fondateurs. Nous nous proposons d'étudier ici leur condition juridique.

La nouveauté de la combinaison, la multiplicité des intérêts divers qui s'associent sous la forme de l'anonymat, font pressentir combien nouveaux et variés sont les liens de droit qui enserrent les hommes dont l'initiative groupe ces intérêts si divers, combien nombreux les rapports de droit dont les fondateurs sont les sujets, combien complexe la solution des difficultés juridiques que leur situation engendre. Qui est fondateur ; à qui incombent les devoirs attachés à ce titre ? Sur qui pèse la responsabilité qui les sanctionne ; quelles en sont la source, la nature et l'étendue ; est-elle délictuelle ou contractuelle, exceptionnelle ou de droit commun, civile, pénale ? Par quels avantages est-elle compensée, quels sont les droits des fondateurs ? Voilà un aperçu des

principales questions que soulève cette étude, et nous en passons d'importantes. Code civil, Code pénal, Code de commerce, Lois spéciales des 24 juillet 1867 et 1^{er} août 1893, tous ces textes touchent à notre matière. Mais il s'en faut pourtant qu'ils suffisent à l'élucider. C'est une matière neuve en quelque sorte, en ce sens du moins que le fonctionnement de l'anonymat se modifie sans cesse avec les besoins de la civilisation dont il est issu, que dans ces modifications il a suivi pas à pas les progrès de l'industrie et du commerce, et que le mécanisme législatif est trop lent à se mouvoir, d'une allure trop lourde, pour n'être pas resté beaucoup en arrière.

Force nous sera donc souvent, dans le silence des textes, de recourir aux principes généraux, aux législations étrangères, et encore à des considérations économiques dont il convient qu'en pareil sujet le juge et l'interprète s'inspirent d'une façon plus spéciale. Aussi nous paraît-il nécessaire de dire ici quelques mots du rôle social de l'anonymat. Non pas que nous voulions approfondir ce problème économique ; mais, outre qu'en exposant dès à présent ces idées générales nous évitons des redites, cet aperçu vivifie encore la question juridique, car il nous montre, derrière la combinaison des principes abstraits et l'aridité des raisonnements, les intérêts de toutes sortes, commerciaux, industriels et même politiques qui s'agitent et qui luttent.

Des socialistes considèrent la société anonyme comme le type de l'Etat futur. La personnalité morale de la société n'est qu'un mythe, une fiction juridique ; en réalité, les actionnaires sont copropriétaires de l'actif social. Qu'on généralise cette notion, qu'on imagine une société plus vaste qui comprenne dans son sein tous les hommes d'une même nation, qu'on attribue à cette société nommée Etat la propriété collective de tous les instruments de production, et l'on se fait une idée assez exacte du collectivisme ou socialisme proprement dit ⁽¹⁾. — D'autres novateurs, sans ré-

(1) De Molinari. L'évolution économique au XIX^e s. — Au socialisme proprement dit, les économistes ont l'habitude d'opposer le socialisme d'Etat. Cette expression désigne, non pas une théorie économique assise sur un principe bien déterminé, mais plutôt un ensemble de mesures philanthropiques, toutes de circonstances, dont quelques-unes sont esquissées ou simplement indiquées dans la suite du texte.

ver d'absorber toutes les individualités dans l'Etat, placent leurs espérances dans le développement de l'anonymat sous la forme de sociétés coopératives de production (1). Bien qu'elles n'occupent encore qu'une place microscopique, ces associations constituent le germe fécond dont l'éclosion pacifique (2) ou violente (3) renouvellera l'état économique de la Société moderne.

Il est permis de douter que ces espérances se réaliseront, et plutôt que de faire des hypothèses, qui d'ailleurs sortiraient du cadre de cette étude, nous préférons voir les faits tels qu'ils sont. Or, à cet égard, il ne semble pas que les fondateurs de sociétés anonymes aident beaucoup à la solution du problème social. Les sociétés qu'ils organisent présentent ce très grave inconvénient d'accentuer le divorce qui existe entre le capital et le travail, en créant dans la même entreprise deux classes distinctes : d'une part, les ouvriers qui travaillent à une entreprise dont ils ne recueillent pas les profits ; d'autre part, les actionnaires qui recueillent les profits d'une entreprise à laquelle ils ne travaillent pas, et que souvent même ils ne connaissent pas. Le fait que la propriété et la direction de l'entreprise sont entre les mains d'une Compagnie, c'est-à-dire d'une personne fictive et invisible, rend cette autorité et cette propriété beaucoup moins respectables aux yeux des ouvriers. Et comment un sentiment de pitié viendrait-il au cœur de cet être moral société, aveugle et sourd, insensible aux plaintes des salariés qu'il exploite ? (4)

Cependant, il faut reconnaître aussi qu'à raison de leurs grandes ressources, et de leur situation très en vue, qui les rend plus directement justiciables de l'opinion publique, quelques sociétés anonymes sont obligées, plus que des patrons ordinaires, d'apporter certaines améliorations au sort des ouvriers : c'est ainsi par exemple, qu'elles organisent ou qu'elles ébauchent des insti-

(1) Voy. dans ce sens Hertzka, *Die gesetze der sozialen Entwicklung* ; Lange, *die Arbeiterfrage* etc. ; et en France : Secretan, *Etudes sociales*. Gide, *Revue socialiste* du 15 juin 1888. — En sens inverse toute l'école classique, sauf Stuart Mill.

(2) Schulze-Delitzsch.

(3) Chambre des députés, séance du 29 Novembre 1894.

(4) Deuxième congrès des économistes allemands tenu à Eisenach en Octobre 1873.

tutions de prévoyance, caisses de retraite, caisses de secours, etc.⁽¹⁾

Mais, laissant de côté l'avenir et le passé pour nous en tenir au présent, nous voyons aujourd'hui l'anonymat se prêter avec une merveilleuse souplesse aux besoins de l'industrie et du commerce, et envahir peu à peu tout le champ de l'activité humaine. Et pourtant il semble que, même au point de vue de la produc-

(1) Les sociétés anonymes et les améliorations sociales. Article de G. Michel dans *l'Economiste français*, 1891, I, p. 100. — Il faut remarquer aussi qu'on s'est servi parfois de l'anonymat pour réaliser la participation aux bénéfices. Les ouvriers souscrivent des actions dont le taux est très peu élevé (25 fr. par exemple). En même temps que cet abaissement du taux d'émission la rend accessible aux petites épargnes, c'est-à-dire à celle des ouvriers, il restreint aussi leur rôle et, dans une certaine mesure, satisfait aux exigences des patrons qui redoutent que ce rôle se développe outre mesure et dégénère en une intrusion gênante, exclusive de toute discipline. Par le nombre de voix que leur assure l'importance plus considérable de leurs capitaux, les bailleurs de fonds demeurent, en effet, les maîtres dans les assemblées générales d'actionnaires. Mais pour que ce double but puisse être atteint, il faut que les actions soient émises à un taux assez faible. — En France, la loi du 1^{er} Août 1893 qui abaisse à 25 fr. le taux minimum des actions dans les sociétés dont le capital ne dépasse pas 200.000 fr., et à 100 fr. dans les autres sociétés, a déjà produit quelques résultats heureux. Quelques compagnies houillères ont trouvé un intérêt réel pour elles, à faire de l'ouvrier un actionnaire. Citons parmi elles la Cie de Courrières, la Cie de Lens, celles de Dourges et de Bruay. Dans ces conditions, le travail quotidien de l'ouvrier est rémunéré par son salaire, par la participation aux bénéfices représentée par son coupon, et par l'augmentation de son capital sous forme de la plus-value donnée au titre dont il est porteur. (*Les lois nouvelles*, 1896, p. 4) — Afin de donner aux ouvriers toute facilité pour adhérer à des combinaisons de ce genre, on a proposé tout récemment à la Chambre des députés d'abaisser à 25 francs le taux minimum des actions, quel que soit le chiffre du capital social. La commission chargée d'examiner cette proposition s'y est ralliée en majorité, avec cette réserve que les actions de 25 francs devront être libérées entièrement et qu'elles ne seront négociables qu'au comptant. Un amendement tendant à autoriser la création d'actions de 20 francs a été repoussé. (*Revue des Sociétés*, 1896, p. 193). — Quelque louable que puisse être le but de cette proposition qui tend, dans l'esprit de ses auteurs, à l'amélioration du sort de la classe ouvrière, il est permis de douter de son efficacité. Rares sont les patrons qui admettront leurs salariés au rang de co-associés, fut-ce même pour une part modique; plus rares encore les ouvriers qui épargnent assez pour souscrire des actions, fussent-elles de 25 francs. Il ne faut pas oublier non plus que ces actions, à raison même de leur modicité, se prêtent merveilleusement aux agiotages les plus éhontés. Le « Waterloo financier » qu'elles provoquèrent récemment en Angleterre, a-t-il donc passé si inaperçu de nos législateurs qu'il n'ait laissé aucune trace dans leur esprit. — (Paschal Grousset à la commission de la Chambre. — Vavas seur R. S. 1896, p. 52).

tion, les sociétés anonymes offrent un peu les inconvénients que présentent les grandes administrations publiques, à savoir l'absence d'initiative individuelle, les procédés de la bureaucratie, le gaspillage du travail et du capital dont l'entreprise de Panama a donné un inoubliable exemple. Mais ces inconvénients sont largement compensés par ce fait que cette forme d'association utilise sans en rien perdre les deux qualités essentielles du capital, celles qui le placent au premier rang parmi les instruments de production et lui permettent de lutter avantageusement avec ses rivaux, la terre et le travail, nous voulons dire sa divisibilité et sa mobilité. La limitation de la responsabilité, la réalisation prompte et sûre des titres attirent l'épargne publique vers l'anonymat. Par la masse puissante de leurs capitaux, par la durée illimitée de leur existence, indépendante de celle de leurs membres, les sociétés anonymes sont capables de réaliser des œuvres de longue haleine, que l'initiative individuelle serait impuissante à conduire. Elles constituent un merveilleux instrument de concurrence internationale. L'expérience a d'ailleurs démontré leur puissance. De grandes Compagnies ont construit et exploitent nos réseaux de chemins de fer; de vastes sociétés financières anonymes fournissent au commerce, à l'industrie et même à l'agriculture, les capitaux nécessaires à leur développement. La transformation du capital privé en capital anonyme devient rapidement la forme favorite de placement dans les cercles financiers. En Amérique, en 1885, le capital ainsi réuni s'élevait à 93 millions de dollars; en 1886 à 106; en 1887 à 160; en 1889 à 257; et cette progression croissante continue (1). La Saxe a passé par des périodes fiévreuses: en Juillet 1870 elle comptait 95 sociétés par actions avec un capital de 141 millions, au plus fort de la mêlée elle eût 382 sociétés avec un capital de 632 millions; mais finalement après 1884, il n'est resté que 226 sociétés avec un capital-actions de 354 millions, ce qui est encore un beau progrès relativement aux chiffres de 1871 (2). En France enfin,

(1) Art de Joseph Chailley, *Economiste français*, 1890, I, p. 173.

(2) Art de Maurice Block, *Economiste français*, 1886, II, p. 133.

de 1870 à 1893, il a été créé 16 milliards d'actions et d'obligations, sans compter les valeurs étrangères.

Ces chiffres sont éloquentes, ils témoignent d'un penchant indiscutable pour l'anonymat. C'est une des formes les plus fréquentes et les plus efficaces que revêtent aujourd'hui les grandes entreprises commerciales et industrielles. Aussi serait-il puéril de méconnaître de quel puissant instrument de prospérité peuvent doter un pays ceux qui y fondent des sociétés anonymes. Il semble donc que le devoir du législateur ait toujours été d'encourager leur œuvre, ou du moins de leur laisser toute liberté pour exercer leur activité productrice⁽¹⁾, de ne point la paralyser par des règles étroites et par la crainte d'une responsabilité écrasante.

Mais cette conclusion serait prématurée. Si les fondateurs de sociétés anonymes peuvent ajouter à la richesse d'un Etat, que de fois aussi ils concourent à sa ruine. L'histoire de ce demi-siècle est pleine de catastrophes financières d'autant plus terribles qu'elles engloutissent surtout les petites épargnes. Des aventuriers de la finance lancent sur le marché les actions d'une société qu'ils organisent à la hâte, provoquent une hausse factice de ces titres, vendent ceux dont ils sont détenteurs, puis abandonnent les actionnaires à leur ruine. Que n'a-t-on pas dit sur les agissements des fondateurs dans les sociétés anonymes, sur leurs apports majorés d'une façon scandaleuse, sur leurs spéculations effrénées ? M. Paul Deschanel cite en les approuvant les objurgations de M. Leroy-Beaulieu : « c'est un brigandage qui se commet sous le couvert de la fondation des sociétés par actions. Rien n'est plus éhonté ni plus criminel. C'est un des symptômes les plus tristes de la démoralisation publique ». Et non seulement aucun effort n'est tenté pour empêcher ces déprédations, mais l'Etat, qui « punit sévèrement l'escroc de bas étage et le voleur vulgaire, respecte, honore, charge de décorations et de cordons les grands détrousseurs du public. La corruption des sociétés anonymes est aujourd'hui la source principale, presque la seule,

(1) Vidari. Corso di dietto commerciale II, p. 11 etc.

des énormes fortunes » (1). L'expérience a prouvé qu'il n'y avait aucune limite à la crédulité de la masse. Il a donc fallu défendre l'épargne populaire contre les manœuvres frauduleuses, les agiotages éhontés auxquels se livraient les fondateurs de sociétés anonymes.

Tels sont les éléments du problème économique. Deux intérêts sont en lutte. Soumettre la constitution de ces sociétés à une réglementation étroite, faire peser sur ceux qui les créent une lourde responsabilité, c'est anéantir l'initiative des fondateurs. Les laisser agir avec toute liberté, sous la seule sanction des règles du droit commun, c'est leur jeter en pâture l'épargne d'un public trop confiant. (2)

Avant de commenter la législation française actuelle, il est intéressant de suivre la marche des idées en cette matière, depuis le commencement du siècle jusqu'à nos jours ; de constater comment on a eu la tendance, suivant les circonstances, tantôt à procurer aux intérêts des actionnaires et des tiers une protection plus efficace, tantôt à laisser aux conventions une plus grande liberté. Il est utile aussi de consulter les législations étrangères. Cette double expérience nous aidera à juger plus sainement la question.

En France, depuis l'apparition des sociétés anonymes au seizième siècle jusqu'à l'époque contemporaine, il fallait obtenir un privilège pour créer des sociétés de ce genre (3). Le code de commerce les soumettait à l'autorisation gouvernementale ; elle était donnée par décret rendu sur l'avis du Conseil d'Etat (art. 37 Code de commerce) auquel les fondateurs communiquaient le projet des statuts. Ce système présentait des avantages qu'on n'a peut-être pas assez mis en relief. A une époque où les sociétés par actions étaient encore peu nombreuses, l'examen des statuts et de l'honorabilité des organisateurs par le conseil d'Etat était sérieuse. Les actionnaires et les créanciers y trouvaient une garantie efficace et les fondateurs étaient déchargés d'une respon-

(1) *Revue des Sociétés* 1895, p. 2.

(2) Courcelle-Senenil. *Journal des Economistes*, août 1880.

(3) Cauwès, *Cours d'Economie politique*, II, p. 252.

sabilité qui leur pesa tant plus tard. Elle ne pouvait en effet les atteindre, car ils se trouvaient couverts par l'approbation administrative ⁽¹⁾.

Mais il fallait craindre l'arbitraire gouvernemental. Puis, quand les demandes se multiplièrent, le contrôle du conseil d'Etat devint illusoire, et les intéressés confiants dans une formalité sans valeur furent plus facilement dupés. Le gouvernement assumait ainsi une responsabilité dangereuse.

On sait la vive impulsion de l'industrie et du commerce après l'établissement du second empire. Cette prospérité cherchait des débouchés. Les spéculations frauduleuses dont la société en commandite était l'instrument avaient discrédité cette forme d'association. Les capitaux refluèrent vers la société anonyme malheureusement entravée par l'autorisation gouvernementale. Il fallait aussi lutter contre la concurrence anglaise à laquelle les libres échangistes ouvraient le marché français. Enfin il y avait à cette époque, dans toute la France, comme un souffle de libéralisme, économique sinon politique. Aussi la loi du 25 mai 1853, vint elle dispenser de l'autorisation les sociétés dont le capital n'excédait pas 20 millions. C'était un essai : ses résultats heureux provoquèrent une réforme plus générale que réalisa la loi du 24 juillet 1867, modifiée sur quelques points par celle du 1^{er} août 1893. Le système de l'autorisation gouvernementale était remplacé par celui de la réglementation légale.

A l'étranger, la liberté d'action des fondateurs de sociétés anonymes a suivi la même évolution qu'en France. Soumis d'abord à la nécessité d'obtenir une approbation administrative, ils en sont dispensés aujourd'hui dans la plupart des pays. La Hollande, l'Autriche, la Roumanie ont pourtant maintenu l'autorisation préalable. Ailleurs, en Allemagne, ⁽²⁾ en Belgique, ⁽³⁾ en Italie, ⁽⁴⁾

(1) Delangle, Traité des Sociétés n° 478.

(2) Lois du 11 juin 1870 et 18 juillet 1884. *Annuaire de législation étrangère* 1885, p. 98 et suiv.

(3) Lois du 18 mai 1873 et 22 mai 1886. *Annuaire de législation étrangère* 1887, p. 470 et suiv.

(4) Code de commerce de 1882. *Annuaire de législation étrangères* 1883, p. 641 et suiv.

en Angleterre, en Espagne, en Suisse, en Hongrie, en Portugal, le législateur, tout en supprimant l'intervention gouvernementale, a pris contre les excès de la liberté des précautions analogues à celles qui sont édictées par la loi de 1867.

Après ce rapide aperçu qui nous a donné une notion plus exacte de la difficulté, nous devons rechercher comment notre législation l'a résolue, quelle est, sous l'empire de nos lois, la condition juridique des fondateurs de sociétés anonymes. Nous examinerons successivement :

I. Qui est fondateur d'une société anonyme ?

II. Quels sont les devoirs des fondateurs ; quelle en est la sanction ?

III. Quels sont leurs droits ; comment sont rémunérés leurs services ?

L'étude de ces diverses questions nous amènera tout naturellement à conclure en nous demandant si quelque réforme législative ne serait pas urgente, et quelles pourraient être ses grandes lignes.

PREMIÈRE PARTIE

Qui est Fondateur.

Des devoirs particuliers, une responsabilité spéciale, sont attachés à la qualité de fondateur d'une société anonyme. Il importe donc d'abord de déterminer ceux à qui appartient ce titre.

La loi de 1867 ne les désigne pas ; elle emploie le mot « fondateur » sans en préciser le sens ; elle entend donc s'en rapporter à la signification que des textes antérieurs ont attribué à ce terme. Or, dans l'exposé des motifs de l'article 7 de la loi de 1856, le rapporteur M. Langlois a donné sur ce point des explications d'autant plus précieuses qu'elles constituent le seul document législatif que nous puissions invoquer en la matière. « Dans la pratique, disait-il, personne ne se méprendra sur ceux que désigne le mot fondateur ; . . . l'idée première appartient toujours à quelques personnes qui, après l'avoir examinée cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions ; elles fondent véritablement la société. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient des associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second. Un individu qui, par ses soins, parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes à former une société à laquelle il resterait étranger, ne serait qu'un agent, un intermédiaire ; on ne pourrait lui donner le titre de fondateur . . . » (1).

Ce rapport nous apprend en somme peu de chose. La seule idée précise qui s'en dégage, c'est que pour être fondateur il faut nécessairement être associé. Aussi n'admettons-nous pas l'opinion

(1) DUVERGIER, *Collection des lois 1863*, p. 353.

des auteurs (1) qui laissent aux tribunaux un pouvoir absolu d'appréciation et leur permettent d'attribuer cette qualité à une personne qui n'a reçu aucune part sociale. Rationnellement l'idée peut être juste ; mais elle n'est pas celle du législateur dont le rapport de M. Langlois révèle la pensée. (2)

Mais ce n'est là, en quelque sorte, qu'un criterium négatif. Parmi les associés quels sont les fondateurs ? Une société anonyme se forme par un ensemble d'opérations nécessaires à sa constitution. Il est évident qu'il ne suffit pas de prendre part à l'une quelconque d'entre elles pour mériter le titre de fondateur. En partant d'une telle idée nous serions en effet amenés à dire que tous les actionnaires souscripteurs primitifs sont investis de cette qualité, car ils participent tous à la souscription intégrale du capital social et c'est là une opération nécessaire à la constitution d'une société anonyme. L'absurdité du résultat démontre suffisamment que le point de départ est faux. — C'est qu'en effet, parmi les opérations originaires, toutes nécessaires, il en est de plus ou moins importantes. Il serait faux de dire que les premiers académiciens appelés par Louis XIII dans la docte compagnie l'ont fondée ; et pourtant leur adhésion était nécessaire à sa formation, car une société, fut-elle l'Académie, n'existe que par la réunion de ses membres. Louis XIII est cependant le seul fondateur de l'Académie française, car c'est lui qui a joué dans sa constitution le rôle principal, ou du moins c'est à lui que l'histoire l'attribue. De même sont seuls fondateurs d'une société anonyme ceux qui ont joué dans sa constitution un rôle capital, essentiel, spécialement important.

Tel est, nous semble-t-il, le seul criterium juridique qu'il soit possible d'établir. Nous ne croyons pas qu'il le faille préciser davantage. Il résulte du rapport même dont tout à l'heure nous reproduisons les termes que le législateur a volontairement laissé aux juges un large pouvoir d'appréciation. Ils en useront pour déterminer le caractère des faits de constitution auxquels un as-

(1) ALAUZET, *Des sociétés*, p. 625.

(2) En ce sens, RIVIÈRE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, p. 238. — LYON-COEN et RENAULT, *Traité de droit communal*, 2^e édition. II, p. 588.

socié a pris part et pour lui conférer ou lui refuser en conséquence la qualité de fondateur.

La théorie doit se borner à indiquer aux juges ce criterium, en le complétant peut-être par quelques remarques accessoires. L'importance du rôle que tient un acteur ne dépend pas seulement de la pièce où il figure, mais aussi du personnage qu'il y joue. De même il ne faut pas rechercher uniquement quelle est la nature intrinsèque d'un fait de fondation auquel a pris part un actionnaire, mais encore dans quelle mesure il y a participé. Tel acte, si l'associé s'y présente comme acteur principal, lui confèrera la qualité de fondateur ; ce même acte, s'il y figure seulement comme comparse, ne pourra le revêtir de ce titre.

Une seconde considération dont les juges doivent tenir compte est tirée de l'esprit même de la loi. Protéger les tiers, c'est-à-dire les actionnaires et les créanciers sociaux, en leur permettant de recourir contre ceux dont l'initiative les a entraînés, sur la foi desquels ils ont traité, tel est le but du législateur quand (art 42 de la loi de 1867) il édicte contre les fondateurs une responsabilité spéciale. Ces fondateurs ce sont donc surtout ceux-là qu'ont connus les tiers. Mais la seule conséquence qu'on puisse déduire avec sécurité de cette idée, c'est qu'un fait de constitution sera plus ou moins important selon qu'il a ou n'a pas révélé aux tiers l'intervention de son auteur. Il serait inexact de dire, comme on semble parfois l'avancer ⁽¹⁾, qu'un associé revêt la qualité de fondateur par cela seul qu'il participe *publiquement* à l'organisation de la société, quelle que limitée, quelle que restreinte que soit d'ailleurs cette participation. La publicité d'un acte relatif à la création d'une société anonyme ne suffit pas ; elle n'est qu'une modalité de cet acte qui augmente sa gravité. Le seul critérium juridique réside, croyons-nous, dans l'importance réelle du fait accompli, importance non pas abstraite d'ailleurs, mais estimée par le juge d'après les circonstances.

Ces considérations théoriques nécessairement un peu vagues seront précisées par l'examen de la jurisprudence. Elle admet

(1) FLAMMARION. *Thèse pour le doctorat*, p. 87 *in fine*.

notre point de départ et décide que la question de savoir si certaines personnes sont ou non fondateurs est tranchée souverainement par les juges du fait sans que la Cour de cassation puisse réformer leur décision ⁽¹⁾. Les tribunaux apprécient dans son ensemble le rôle joué par certains associés, déterminent arbitrairement son importance effective. Les juges s'inspirent d'ailleurs beaucoup de l'idée de publicité que nous indiquions tout à l'heure et se préoccupent surtout de l'intérêt des tiers. Cette préoccupation croissante avec les scandales financiers a déterminé dans la jurisprudence une évolution que nous allons étudier.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 juin 1861 ⁽²⁾, fixe en ces termes les éléments caractéristiques de la qualité de fondateur. « Est fondateur l'associé qui crée l'entreprise, choisit la forme d'association qui convient à son industrie, fixe le capital de la société, en détermine la durée, crée les actions, organise les assemblées d'actionnaires, fait en son nom personnel appel aux capitaux, en règle la destination et l'emploi et dresse dans ses prospectus ces stipulations si variées qui constituent la charte de la société ».

Les principes posés dans cet arrêt furent largement interprétés par la jurisprudence : mais ils demeurèrent en somme la base de toutes les décisions rendues jusqu'en 1885. Des arrêts s'approprient les termes mêmes de la Cour de cassation ⁽³⁾. D'autres décisions, par une interprétation plus extensive, considèrent comme fondateurs les associés qui, sans accomplir toutes les opérations énumérées dans cet arrêt, en ont fait quelques-unes ou même se sont seulement livrés, en qualité d'auteurs principaux, à quelque acte analogue. C'est ainsi que des Cours d'appel confèrent la qualité de fondateurs aux associés « qui ont conçu l'idée première de la société, en ont dressé les statuts, déterminé le mode d'administration ⁽⁴⁾ ; ou à ceux « qui ont dressé les statuts de la société et déclaré faussement que les actions étaient sous-

(1) Cass. 9 avril 1888. *Revue des Sociétés*, 1889, p. 5.

(2) D. P. 61. 1. 435.

(3) Amiens, 13 janvier 1875. D. P. 77. 2. 57.

(4) Douai, 2 juillet 1879. *Journal des Sociétés*, 1882, p. 21.

crites et libérées du quart ⁽¹⁾ ; ou bien aussi à ceux « qui ont pris dans la période même de formation de la société la qualité d'administrateurs... qui ont signé les actions ⁽²⁾ ». En 1886 encore, la Chambre des requêtes ⁽³⁾ donne des fondateurs la définition suivante : ce sont les associés « qui ont pris une part active aux actes préliminaires de constitution, ont préparé les statuts, fait l'avance des premiers fonds, provoqué les souscriptions, convoqué les actionnaires pour les premières assemblées à leur domicile ».

Nous ne saurions qu'approuver toutes ces décisions. Les actes originaux de constitution que visent les arrêts précités sont importants et les associés poursuivis comme fondateurs y ont joué un rôle principal et public. Les idées théoriques que nous exposons tout à l'heure, trouvent dans ces diverses hypothèses leur exacte application. Notre criterium cadre donc à merveille avec ces décisions judiciaires dont les auteurs reconnaissent d'ailleurs le bien fondé ⁽⁴⁾.

Mais, par son arrêt du 10 janvier 1887 ⁽⁵⁾, la Cour de cassation allait donner à la notion de fondateur une extension qui a rencontré dans la doctrine une vive opposition. Cet arrêt est intéressant ; il n'a peut-être encore pas été analysé avec tout le soin que cette étude comporte, aussi nous y arrêterons-nous un instant. —

Depuis quelque temps on discutait en jurisprudence la question de savoir quelle importance il convient d'attacher aux derniers actes de la fondation d'une société anonyme, c'est-à-dire à la déclaration de souscription et de versement du quart. A cet égard, une divergence d'opinion s'était manifestée entre la Cour d'Amiens et la Cour de Paris. Celle-ci ⁽⁶⁾ considérait ces actes comme insuffisants pour conférer à leur auteur la qualité de fondateur ; la Cour d'Amiens était d'un avis contraire ⁽⁷⁾. — En cet état inter-

(1) Lyon, 9 février 1883. *Revue des Sociétés*, 1883, p. 211.

(2) Toulouse, 23 novembre 1883. *Revue des Sociétés*, 1884, p. 422.

(3) Req. 19 octobre 1886. D. P. 87. I. 9. — S. 86. I. 476.

(4) *Annales de droit commercial*, 1888, p. 177, note 1.

(5) S. 87. I. 374.

(6) Paris, 28 mai 1869. D. P. 69. II. 145. — 27 décembre 1883. *Gazette des Tribunaux* du 10 janvier 1884.

(7) Amiens, 27 juillet 1882. *Journal des Sociétés*, 1883, p. 170.

vint l'arrêt de la Cour de cassation. Des associés empêchés de comparaitre en personne à l'acte qui constatait la souscription de la totalité du capital social et le versement du quart, s'y étaient fait représenter par un coassocié leur mandataire. Celui-ci, tant en son nom personnel qu'au nom de ses mandants, déclara, contrairement à la vérité, que chaque actionnaire avait versé le quart du capital souscrit par lui. La Chambre des requêtes considéra comme fondateurs et condamna comme tels le mandataire et les mandants.

Dans sa première partie, cet arrêt tranche une question précédemment débattue ; il confirme la jurisprudence de la Cour d'Amiens et réforme celle de la Cour de Paris. D'après les magistrats de la Cour suprême, la déclaration de souscription intégrale et de versement du quart constituent des faits de fondation assez importants pour conférer au coassocié qui les accomplit en son nom personnel et comme acteur principal la qualité de fondateur. C'est une première extension de cette notion.

En voici une seconde. Dans la dernière partie de son arrêt, la Chambre des requêtes condamne à titre de fondateurs ceux qui avaient donné mandat à leur coassocié de faire en leur nom une déclaration inexacte. « Comme si, disent les auteurs, le fait de commettre des agissements illégaux était compris dans le mandat, si large qu'on le suppose, donné à un représentant ». Cet argument ainsi présenté revêt une apparence juridique puissante et semble irréfutable ; pourtant nous le repousserons. S'il était vrai, d'une façon absolue, que tout fait illicite soit en dehors du mandat, il faudrait logiquement en conclure que le mandant n'est pas tenu du dol pratiqué par le mandataire dans l'exécution du mandat, car le premier n'a pu donner au second pouvoir de commettre en son nom un délit. Or c'est là un résultat inique, inadmissible, repoussé autrefois dans notre ancien droit ⁽¹⁾ comme il l'est encore aujourd'hui par les auteurs et la jurisprudence ⁽²⁾. Il faut donc nécessairement reconnaître qu'il est des cas où le mandant peut être représenté par le mandataire dans l'accomplissement d'un

(1) POTHIER, *Traité du mandat*, n° 89.

(2) LAURENT, T. 28, p. 56. — TROPLONG, *Mandat*, n° 604. — D. P. 1847. 1. 33.

dol, c'est-à-dire d'un acte illicite. Que cette solution soit exceptionnelle, qu'elle ne doive être admise que si l'équité l'exige expressément, nous le voulons bien. Mais alors toute la question revient à savoir si de puissantes raisons d'équité ne militaient pas en faveur de la décision consacrée par la jurisprudence, en faveur de l'extension du titre de fondateur. Or, en fait, les coassociés mandants connaissaient l'inexactitude des déclarations qu'ils chargeaient leur mandataire de faire en leur nom : ils étaient aussi coupables que lui. Leur faute étant la même, l'équité exigeait qu'elle fut punie de même, que la responsabilité qui en est la sanction, pesât aussi lourdement sur les mandants que sur le mandataire. Celui-ci était atteint par l'article 42 de la loi de 1867 ; le même texte devait frapper les mandataires, et comme il ne vise que les fondateurs, il était équitable et conforme à l'esprit de la loi d'attribuer cette qualité aux mandataires comme au mandant.

Il est vrai qu'on reproche à la jurisprudence d'être en contradiction avec elle-même. On prétend que l'arrêt du 10 janvier 1887 contredit directement les principes posés dans une décision rendue le 13 mars 1876 par la Cour de cassation.⁽¹⁾ Il s'agissait aussi d'associés qui, empêchés d'assister à l'acte constitutif de la société, avaient donné mandat à un coassocié de les y représenter. Celui-ci, tant en son nom personnel qu'au nom de ses mandants, avait déclaré faussement que toutes les actions étaient libérées du quart. Plus tard, les mandants poursuivis par des tiers (art. 42 de la loi de 1867) furent déchargés de toute responsabilité comme n'ayant pu acquérir la qualité de fondateurs par suite d'un fait illicite émané de leur mandataire. — L'objection semble porter ; mais cette apparence est inexacte, car il y avait entre les deux hypothèses une différence capitale qui permet de concilier les décisions de 1876 et de 1887. Dans l'arrêt de 1876, les mandants ignoraient que les actions n'étaient pas libérées du quart ; ils étaient de bonne foi et croyaient que toutes les conditions requises pour la constitution d'une société anonyme étaient remplies. Au contraire, dans l'hypothèse résolue par l'arrêt de 1887, les mandants étaient de mauvaise foi et connaissaient tout aussi bien que

(1) D. P. 77. 1. 49.

le mandataire l'inexactitude des déclarations qu'il faisait en leur nom.

Le vrai principe, celui dont il faut s'inspirer pour comprendre et approuver la jurisprudence, ce n'est donc pas l'idée inexacte qu'un mandant ne saurait jamais être obligé par suite d'un acte illicite émané de son mandataire. C'est qu'un mandant de mauvaise foi ne peut arguer de l'article 1198 du Code civil pour rejeter les conséquences de la fraude de son mandataire sur les tiers de bonne foi trompés par ses machinations.

Quelle que soit d'ailleurs, au point de vue juridique, la valeur de l'arrêt rendu le 10 janvier 1887, nous n'en voulons plus retenir que le résultat. Lorsque, sans comparaître en personne à l'acte déclaratif de souscription et de versement, des associés y sont représentés par des mandataires qui, au nom de leurs mandants, font de fausses déclarations, ces mandants sont investis de la qualité de fondateurs. L'arrêt de 1887 étend donc le cercle des personnes auxquelles convient ce titre.

Cette marche progressive de la jurisprudence, nous allons la voir, comme dans une troisième phase, s'accentuer encore. La Cour de Cassation considère maintenant comme fondateurs des personnes qui n'ont tenu qu'un rôle de second plan, de simple comparses. Voici les conditions du débat. Le syndic de la société « des agglomérés de l'Océan » a saisi le tribunal de commerce de la Rochelle d'une demande en nullité de la société et en responsabilité de ses fondateurs. Deux des défendeurs ont cherché à se soustraire à cette poursuite en déclinant la qualité de fondateurs. En fait, sachant que leurs souscriptions étaient fictives et qu'ils n'avaient rien versé, ces associés n'avaient pas protesté contre l'affirmation faite en leur présence devant notaire de la souscription intégrale et du versement du quart. Puis, « conservant la même attitude devant les déclarations mensongères des fondateurs », ils avaient participé dans la première assemblée générale aux délibérations prescrites; enfin nommés vérificateurs ils avaient sciemment exagéré la valeur des apports en nature. Ces faits avaient-ils une importance suffisante pour conférer à leur auteur la qualité de fondateur ? La Cour de Poitiers l'a pensé parce que « les appelants avaient concouru à la création sciemment irrégu-

lière d'une société qui n'aurait pu se fonder sans leur coopération ». La Cour de Cassation ⁽¹⁾ a confirmé cet arrêt « attendu que.... sans être les promoteurs de l'entreprise, les défendeurs se sont associés à leurs agissements, en consentant à devenir leurs comparses, à jouer le rôle de souscripteurs fondateurs, et en prenant une part active à une œuvre commune de fraude. »

Que faut-il penser de ces décisions ? Nous croyons qu'au point de vue juridique elles sont criticables. Revenons en effet quelque peu en arrière aux considérations théoriques que nous développons tout à l'heure. A quels actes avaient pris part les défendeurs au procès ? A la déclaration de souscription intégrale et de versement, à la première assemblée générale, à la vérification des apports. De ces diverses opérations, la première seule a une importance intrinsèque assez considérable pour revêtir ceux qui l'exécutent du titre de fondateurs. Tous les souscripteurs primitifs prennent, ou du moins peuvent prendre part aux assemblées constituantes, et pourtant tous ne sont pas des fondateurs. Fonde-t-on une société parce qu'on vérifie les apports ? Le seul acte qui doive donc retenir notre attention, c'est la déclaration de souscription et de versement. Nous avons analysé un arrêt de la Cour d'Amiens, puis un autre de la Cour de Cassation qui considèrent cette opération comme un fait de fondation assez caractéristique pour conférer à ceux qui l'accomplissent comme acteurs principaux la qualité de fondateurs. Mais dans l'espèce, et cette remarque nous fait toucher du doigt l'innovation que réalise l'arrêt, les défendeurs avaient figuré dans cet acte comme simples comparses. Ils n'avaient point parlé, ils s'étaient contentés de garder le silence alors qu'on faisait devant eux des déclarations dont ils connaissaient l'inexactitude ; ils n'avaient pas joué un rôle principal, mais essentiellement secondaire, insignifiant pour ainsi dire ; ils n'étaient point acteurs mais plutôt figurants. Or, et c'est une idée sur laquelle nous ne voulons pas insister à nouveau, pour être fondateur, il ne suffit pas de figurer dans un acte assez important pour constituer véritablement un fait de fondation, il faut de plus y jouer un rôle principal. La Cour de Cassation s'est écartée de

(1) Req. 9 Avril 1888. Sir. 88. 1. 207.

cette idée.—Nous faisons observer aussi qu'un associé sera d'autant plus facilement reconnu fondateur que les opérations auxquelles il s'est livré ont eu une publicité qui fait connaître aux tiers son intervention. Lorsqu'un actionnaire signe l'acte déclaratif de souscription et de versement la publication de cet acte ne donne-t-elle pas aux intéressés le droit de compter sur la responsabilité du signataire ? Mais celui dont le nom demeure inconnu, qui ne signe pas la déclaration à laquelle il assiste passivement, celui-là se révèle-t-il aux tiers avec la qualité de fondateur ?

Au surplus nous relevons dans l'arrêt de la Cour de Poitiers et même dans celui de la Cour de Cassation une inexactitude dont la propagation serait d'autant plus dangereuse que cette idée inexacte revêt un aspect spécieux de vérité. La Cour de Poitiers dit dans ses considérants « que les appelants ont concouru à la création sciemment irrégulière d'une société qui n'aurait pu se former sans leur coopération » ; et les magistrats en concluent que les appelants sont fondateurs. La Cour de Cassation s'approprie textuellement cette phrase, et quoique d'une façon moins nette, semble en tirer la même conclusion. Ce raisonnement nous paraît faux ; nous avons déjà développé cette idée, mais nous y insistons encore parce que c'est une vérité essentielle en la matière : qu'il ne suffit pas, pour être fondateur d'une œuvre quelconque et plus spécialement d'une société, d'avoir fourni à sa constitution une collaboration nécessaire. La souscription intégrale du capital social est indispensable ; si une action n'est pas souscrite la société est nulle. En déduirons-nous que tous les souscripteurs primitifs sont fondateurs ; et pourtant l'abstention d'un seul d'entre eux annulerait la société.

Mais, sans nous arrêter plus longtemps à réfuter juridiquement cet arrêt de Cassation, nous voulons faire saisir d'une façon plus précise encore sa portée exacte dans l'évolution jurisprudentielle que nous étudions. L'innovation qu'il contient apparaîtra vivement si nous rapprochons ses considérants de ceux d'un arrêt déjà ancien qui statuait sur une question analogue. Attendu, disait la Cour de Paris en 1869 ⁽¹⁾ « qu'on impute uniquement aux défen-

(1) Paris, 28 Mai 1869. DP. 69. II. 145.

deurs d'avoir *concouru* à la constatation des souscriptions et des versements qu'ils savaient être fictifs et d'avoir *coopéré* aux différents actes qui ont été la base de la création de la société ; mais que ces faits en supposant qu'ils fussent établis seraient simplement de nature à justifier *une action en dommages intérêts* . . . » Dans son arrêt du 9 avril 1888, la Chambre de requêtes s'exprime en ces termes « considérant que les susnommés . . . savaient bien que leurs souscriptions étaient fictives et qu'ils n'avaient rien versé . . . qu'à la réunion de l'assemblée générale ils ont tous pris part en connaissance de cause aux délibérations prescrites par la loi . . . qu'ils ont *concouru* à la création sciemment irrégulière de la société . . . Déclare . . . les susnommés responsables *comme fondateurs*. » Le rapprochement de ces deux arrêts marque mieux que de longues explications la marche de la jurisprudence. Depuis 1888 elle considère donc comme fondateurs les simples comparses, par exemple le banquier qui, par ses complaisances coupables et dans un but d'intérêt personnel, a prêté son concours à la constitution d'une société (1).

Que faut-il penser de cette extension progressive que les juges ont donnée à la notion de fondateur ? Et d'abord quelle est la raison d'être de cette interprétation si large ? Ce même arrêt du 9 avril 1888 que nous analysons tout à l'heure nous révèle le motif de cette évolution « attendu, y lit-on, que . . . les comparants ont sciemment coopéré à la fondation d'une société irrégulière . . . et *qu'ils doivent tous être tenus des conséquences de leurs manœuvres dolosives* . . . » par ces motifs déclarons les appelants fondateurs et comme tels responsables. *C'est donc afin de faire peser sur certaines personnes la responsabilité spéciale de l'art. 42 de la loi de 1867 que les juges sont amenés à leur conférer la qualité de fondateurs.* La décision précitée est typique : mais elle n'est qu'un exemple, et la plupart des arrêts rendus en la matière, sont inspirés par la même pensée. Lors en effet que des comparses avaient pris part à la constitution d'une société, les juges se trouvaient en présence du dilemme suivant : ne soumettre

(1) Cass. 21 novembre 1890. *Revue des Sociétés*, 90, p. 560. — Cass. 21 Juillet 1890. *Revue des Sociétés*, 91, p. 9.

ces comparses qu'à la responsabilité de droit commun (art. 1382 C. civ.), garantie trop souvent illusoire, ou bien leur appliquer l'article 42 de la loi de 1867, et comme ce texte ne parle que de fondateurs, leur conférer par extension cette qualité. Déterminés par les circonstances de fait, désireux de protéger l'épargne d'un public honnête contre les machinations de financiers véreux, les magistrats n'ont pas hésité à prendre ce second parti.⁽¹⁾

Ont-ils bien fait ? M. Bonfils ⁽²⁾ les approuve sans réserve. « A quels signes, à quels agissements reconnaît-on les fondateurs ? La loi est muette. Plusieurs lui reprochent ce silence la blâmant de n'avoir pas donné la définition du terme fondateur et d'avoir laissé aux tribunaux le soin de déterminer dans chaque espèce quelles personnes auront mérité cette qualification en participant réellement à la fondation de la société plus tard annulée. Nous ne pouvons nous associer à cette critique. Outre le danger que présente toute définition légale qui ne saurait prévoir et embrasser toutes les hypothèses possibles, la frauduleuse ingéniosité des lanceurs d'affaires véreuses qui ont tant pullulé. . . . saurait bien vite trouver la fissure A nos yeux il est bon et sage que dans chaque espèce, chaque litige . . . les juges soient souverains appréciateurs. Ils ne s'en tiendront pas au titre dont on s'est affublé, mais au rôle joué. Restreindre la qualification de fondateurs aux seuls promoteurs réels ou apparents de l'entreprise, ne pas l'appliquer à ceux qui ont sciemment prêté leur concours aux agissements frauduleux des premiers, qui ont en connaissance de cause

(1) Lorsqu'une société en commandite simple est transformée en société anonyme il est parfois fort délicat de déterminer quels sont parmi les associés primitifs les fondateurs de la société nouvelle. En général c'est le gérant de la commandite qui prend l'initiative de la transformation et les commanditaires se contentent d'y adhérer ; ils jouent en cette circonstance un rôle absolument passif. Si les choses se passent ainsi, il semble bien que la qualité de fondateur de la société anonyme doit être réservée au gérant et ne pas être étendue aux commanditaires qui échappent de cette façon à la responsabilité de l'article 42. Dans tout ceci nous supposons que ces derniers ont gardé une attitude très réservée. Loin d'être absolue notre solution est donc susceptible de varier avec l'importance réelle du rôle des commandités et des commanditaires dans la transformation de la société primitive ; et cette importance dépend de circonstances de fait variables à l'infini, dans l'examen desquelles nous ne saurions entrer.

(2) *Revue critique* 1889, p. 370.

rempli le rôle de comparses, c'est annihiler la sanction légale et permettre aux habiles de se dissimuler derrière des hommes de paille ».

D'autres auteurs protestent contre cette évolution de la jurisprudence « Il nous semblait que la désignation de fondateurs devait être réservée aux hommes qui mettent leur signature au bas du projet des statuts, qu'il conviendrait même de l'étendre à ceux qui font la déclaration notariée lorsqu'ils ne se confondent pas avec les premiers, mais qu'on tombait dans l'arbitraire sitôt qu'on élargissait le cercle de manière à y comprendre quiconque s'était porté l'auxiliaire de l'œuvre de constitution. Sans doute les comparses peuvent s'ils sont de mauvaise foi engager leur responsabilité civile, de même qu'au point de vue pénal on pourrait à l'occasion les retenir comme complices ; mais c'est alors une responsabilité limitée à la faute, subordonnée à une preuve de mauvaise foi, impliquant démonstration du dommage causé, etc. . . . ce n'est plus la responsabilité exceptionnelle de l'article 42. . . . Maintenant voici que ce sort est infligé à des simples comparses. . . . Si la jurisprudence continue à suivre cette voie elle en viendra à appliquer l'article 42 à tous les souscripteurs primitifs dont la parfaite loyauté ne sera pas établie. Ce n'est pas ainsi qu'on favorisera l'essor des sociétés par actions » (1). Et, entraînés par ces considérations, des auteurs ont même proposé une réforme législative. La loi doit donner une définition du mot fondateur afin d'empêcher une jurisprudence arbitraire d'attribuer inopportunément cette qualité et d'écarter les actionnaires par la crainte d'une lourde responsabilité.

D'ailleurs, dit-on, cette réforme ne constituerait pas une innovation. Il est des pays où la loi définit le terme fondateur et les résultats témoignent de l'excellence de ce système. En Belgique l'article 30 de la loi du 21 mai 1886 détermine quels associés sont fondateurs quels autres simples souscripteurs. Cette distinction a pris une grande importance depuis que le législateur a substitué le système de la responsabilité personnelle des fondateurs à celui de la nullité de la société. Les associés, bien que comparant à l'acte

(1) *Annales de droit commercial*, 1888, p. 177.

constitutif, échappent à cette lourde charge moyennant les quatre conditions suivantes : que les fondateurs soient spécialement désignés dans l'acte constitutif : que les fondateurs possèdent ensemble au moins le tiers du capital ; que les associés non fondateurs soient de simples souscripteurs en espèces et qu'ils ne reçoivent aucun avantage particulier. A défaut de réaliser ces quatre conditions, tout comparant à l'acte constitutif de la société est réputé fondateur et encourt de ce chef les obligations solidaires de l'article 34 ⁽¹⁾. En Allemagne l'article 204 du Code de commerce modifié en 1884 ⁽²⁾ donne une définition du mot fondateur (Gründer) : « Sont fondateurs, les actionnaires qui ont rédigé les statuts ou qui ont fait des apports autres qu'en argent comptant » Cette signification s'écarte du sens étymologique ; pour être fondateur il n'est pas nécessaire d'avoir joué aucun rôle important dans la constitution de la société, il suffit d'avoir fait un apport en nature ; la loi veut empêcher la majoration des apports.

En France comme dans ces pays étrangers, faut-il définir le terme fondateur ? Nous ne le croyons pas car toute définition légale est nécessairement incomplète et quel que serré qu'en soit le tissu, les financiers trouveraient le moyen de passer par les mailles : ils s'abriteraient derrière un texte de droit strict pour se soustraire à la responsabilité qui, en équité, devrait leur incomber. Ce n'est pas à dire pourtant que nous approuvions complètement l'extension que la jurisprudence a donnée à la notion de fondateur et que nous considérions la législation actuelle comme la réglementation idéale en la matière. Il est indéniable en effet que cette interprétation si large d'un texte exceptionnel tel que l'article 42 est fort peu juridique ; il nous semble même que les juges étendent la qualité de fondateurs à des personnes qui, non seulement d'après les termes de la loi mais aussi dans l'esprit des législateurs de 1856 et de 1867, ne méritent pas ce titre. Nous croyons donc que les magistrats font la loi au lieu de l'interpréter, et nous ne saurions adhérer à cet empiètement du pouvoir judiciaire.

Et pourtant il faut bien reconnaître qu'en fait les décisions de la

(1) *Revue des Sociétés*, 1894, p. 390.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 98 etc.

jurisprudence sont parfaitement équitables. N'y a-t-il donc pas quelque moyen de concilier les principes théoriques avec les nécessités de la pratique ? Nous avons déjà remarqué que si les arrêts élargissent le cercle des fondateurs, c'est afin de mieux frapper les fraudeurs auxquels ils étendent avec cette qualité la responsabilité qui en est la sanction. Et cette vérité apparaît mieux encore si on considère ce qui s'est passé depuis la loi du 1^{er} Août 1893. L'article 42 de la loi de 1867 signifiait, d'après la Cour de cassation, qu'en cas de nullité de la société, les fondateurs étaient responsables de tout le passif social ; l'article 1382 du Code civil, au contraire, ne faisait peser sur ceux qu'il atteignait que la responsabilité de droit commun, c'est-à-dire limitée au dommage causé. Il y avait donc un puissant intérêt à comprendre parmi les fondateurs les simples comparses afin de leur appliquer l'article 42 ; aussi les arrêts rendus à ce sujet étaient-ils nombreux. Depuis 1893, les plaideurs ne songent plus à porter devant les tribunaux un débat qui a perdu un de ses intérêts primordiaux ; la responsabilité à laquelle le nouvel article 42 soumet les fondateurs est, en effet, comme la responsabilité de droit commun, restreinte au dommage causé. Aussi n'avons-nous rencontré dans les recueils aucune décision qui, postérieurement au 1^{er} août 1893, statue sur la question.

Il semble dès lors que l'évolution dont la marche était si rapide doive subir un ralentissement considérable. Mais il ne faudrait pas croire qu'elle s'arrêtera complètement. Depuis 1893 encore il importe d'attribuer aux comparses la qualité de fondateurs. L'art. 42 de la loi de 1867, même modifié en 1893, garde une partie de son utilité ⁽¹⁾ : notamment la responsabilité qu'il édicte est solidaire, tandis qu'en principe celle qui repose sur l'art. 1382 du Code civil ne revêt point ce caractère. Nous insisterons plus tard sur ces différences.

Le danger d'une interprétation trop large et par suite antijuridique subsiste donc, quoique dans une mesure bien plus restreinte. Ne peut-on le prévenir ? Cette extension illégale et dangereuse de la notion de fondateur perdrait complètement sa raison

(1) HOUFIN. *Traité général des Sociétés*, 1895, n° 548. — DALLOZ, S., *Revue v° Société*, n° 1399.

d'être si, par quelque disposition très générale, le législateur venait frapper ces comparses habiles, que le droit commun ne semble point permettre d'atteindre avec assez d'énergie. Que la loi autorise expressément le juge à faire peser sur eux la responsabilité spéciale de l'article 42, et il ne sera plus besoin pour leur appliquer ce texte de les considérer comme des fondateurs. — Et qu'on ne vienne pas nous dire : cette sanction que vous réclamez, elle est contenue dans l'article 1382 du Code civil. La constitution d'une société anonyme, les combinaisons auxquelles elle donne lieu sont la source d'une situation particulière, jusqu'alors inconnue, devant laquelle les juges hésitent et que les principes généraux, les articles 1382 et 1383 du Code civil, ne suffisent pas à régler. Et ce qui prouve cette insuffisance, c'est la nécessité où furent les tribunaux d'étendre l'article 42 aux simples comparses. Au fond, il faudrait une règle spéciale sur la responsabilité civile et pénale de ces financiers qui, sans jouer dans l'organisation d'une société anonyme un rôle assez caractéristique pour être rangés juridiquement au nombre des fondateurs, se livrent en cette occurrence à des agissements préjudiciables aux actionnaires et aux créanciers sociaux (1).

(1) L'article 249 d du Code pénal allemand (Annales de droit commercial, 88, II, 93) édicte des peines sévères contre « toute *personne* qui s'est rendue complice de certaines machinations *voisines* de la fraude dans les émissions d'actions ». — La législature transvaalienne qu'il importe plus spécialement de connaître à raison de l'importance des intérêts engagés dans les mines d'or sud-africaines porte (art. 1 de la loi n° 1 de 1891-J. S. 1896-90), « que tout promoteur ou *toute autre personne* ayant autorisé la publication d'un prospectus ou inséré dans le dit prospectus des déclarations ou des rapports faux, sera rendu solidairement responsable, vis-à-vis de ceux qui ont acheté des actions, obligations ou toutes autres valeurs, sur la foi de ce document, des pertes ou dommages encourus.... » La généralité de ces formules nous semble préférable à la précision trop limitative de notre article 42.

DEUXIÈME PARTIE

Devoirs des fondateurs ; leur sanction.

Nous nous proposons, dans cette deuxième partie, de rechercher brièvement quelles obligations incombent aux fondateurs de sociétés anonymes et surtout quelle est la sanction de ces devoirs.

LIVRE I. — DEVOIRS DES FONDATEURS.

Il est évident que les fondateurs sont soumis, dans la constitution des sociétés qu'ils créent, à l'observation de toutes les règles du droit commun, à l'application des textes généraux qui régissent la matière des contrats. Mais en outre, des lois particulières édictent toute une série d'obligations spéciales aux fondateurs de sociétés anonymes.

Pour lancer l'affaire, pour attirer des souscripteurs, ils entreprennent une vaste publicité. Elle constitue en quelque sorte le préambule du contrat de société, sa préparation, et doit être faite loyalement. Les organisateurs qui recourraient, pour obtenir des souscriptions, au dol ou à la violence, seraient poursuivis conformément au droit commun. Il serait fastidieux d'insister sur ce premier groupe de devoirs.

La loi du 24 juillet 1867 impose aux fondateurs d'autres obligations ; ils sont tenus de remplir les formalités spéciales dont elle contient l'énumération. Ce texte visait exclusivement les sociétés commerciales ; il ne s'appliquait pas aux fondateurs de sociétés civiles constituées sous la forme de l'anonymat. C'était une lacune regrettable qu'est venue combler la loi du 1^{er} août 1893. Elle décide (art. 68) que « Quel que soit leur objet, les sociétés anonymes qui seront constituées dans les formes commerciales . . . seront soumises aux lois du commerce ». Les prescrip-

tions des lois de 1867 et de 1893 sont donc communes à tous les fondateurs de sociétés anonymes, quelle que soit leur nature.

Pour étudier en détail ce second groupe de devoirs, il faudrait examiner minutieusement chacune des nombreuses formalités que prescrit notre législation sur l'anonymat, compléter même cet examen juridique par l'appréciation de leur utilité économique. Outre que cette recherche d'ensemble a été faite par des auteurs éminents, après lesquels il vaut mieux renoncer à parler, elle sortirait quelque peu de notre cadre. Si pourtant le développement de notre matière nous amène à insister plus spécialement sur quelqu'une de ces conditions constitutives, nous le ferons au fur et à mesure de nos explications ; mais ici nous nous contenterons d'une énumération rapide.

D'après les lois de 1867 et de 1893, une société anonyme n'est régulièrement constituée qu'après l'accomplissement des formalités suivantes :

1° Les statuts sont rédigés par un acte notarié ou sous seing privé, en double original.

2° Le capital social est divisé en actions ou coupons d'actions qui ne peuvent être de moins de 25 francs, quand ce capital n'excède pas 200,000 francs, et de moins de 100 francs s'il est supérieur à ce chiffre (1).

3° Le capital social doit être souscrit en totalité et une certaine somme versée sur chaque action. A cet égard, la loi de 1893 a réalisé d'importantes innovations. Sous l'empire de la loi de 1867, le versement du quart sur chaque action suffisait toujours, quels que soient le montant et la nature des actions. Aujourd'hui cette solution demeure exacte lorsqu'il s'agit d'actions de capital de cent francs et au-dessus. Mais chaque actionnaire doit verser la totalité du montant des actions ou coupures d'actions par lui souscrites lorsqu'elles n'excèdent pas 25 francs (art. 1, § 2 de la loi du 1^{er} août 1893). Enfin, il est une catégorie d'actions qui a complètement échappé aux prévisions du législateur : ce sont les actions de plus de 25 francs et de moins de 100 francs. Quel

(1) La Chambre des députés est saisie actuellement d'une proposition tendant à abaisser à 25 francs le taux minimum des actions, quel que soit le chiffre du capital social. V. *supra* Introduction.

sera, par exemple, le versement à faire sur celles dont le montant aura été fixé à 50 francs ? Sera-t-il du montant intégral de l'action, par assimilation aux actions de 25 francs (Bouvier-Bangillon, *Commentaire de la loi de 1893*, p. 62 et suiv.) ... ou d'un quart par assimilation aux actions de 100 francs et au-dessus (Lyon-Cæn et Renault, op. cit., appendice n° 9) ? Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir ce débat ; nous nous contenterons de dire qu'aux deux opinions précédentes nous en préférons une troisième, beaucoup plus rationnelle, d'après laquelle le versement sera de 25 francs, quel que soit le montant nominal de l'action, lequel peut varier, théoriquement, entre 26 et 99 francs (Genevois, *Commentaire de la loi de 1893*, p. 59. — Houpin, *Gazette des Tribunaux*, 20 décembre 1893. — D. S. R. v° *Société*, n° 1234). — Ceci ne concerne que les actions de capital ; quant aux actions représentant des apports en nature, elles devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société (art. 2, loi 1893) (1).

4° Les souscriptions et les versements sont constatés par une déclaration notariée. A cette déclaration sont annexés : l'un des doubles de l'acte de société s'il est sous signature privée, ou une expédition s'il est notarié et reçu par un autre notaire, la liste des souscripteurs, l'état des versements.

5° Les associés doivent être sept au moins.

6° Une première assemblée générale est réunie pour vérifier, avant tout, la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs. — Cette assemblée fait ensuite contrôler, soit par un ou plusieurs de ses membres délégués à cet effet, soit par des experts, la valeur des apports et la cause des avantages stipulés. — Elle doit dans tous les cas s'ajourner pour prendre une décision définitive.

7° Un rapport est dressé sur la vérification dont on vient de parler ; il est imprimé et tenu à la disposition des souscripteurs,

(1) Du changement de législation intervenu le 1^{er} août 1893, sont nées certaines difficultés de terminologie. Puisque le versement exigé par la loi n'est plus fixé d'une manière invariable, qu'il est tantôt de la totalité et tantôt du quart sur chaque action, il serait désormais inexact d'employer, pour désigner cette condition constitutive, l'expression autrefois consacrée « le versement du quart ». Ces mots ne sont plus assez compréhensifs. Et comme, d'autre part, il serait fastidieux de répéter sans cesse les distinctions légales, nous dirons, faute de mieux « le versement exigé par la loi .. ou le versement légal ».

cinq jours, au moins, avant la réunion de la deuxième assemblée.

8° Cette seconde assemblée délibère et statue sur les conclusions de ce rapport ; ensuite et séance tenante, elle nomme les commissaires de surveillance et les premiers administrateurs. Du moment où ils ont accepté leurs fonctions, la société se trouve de plein droit et immédiatement constituée.

9° Les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération.

Les fondateurs doivent assurer, avec une scrupuleuse exactitude, l'exécution de toutes ces prescriptions ; leur rôle n'est terminé qu'à l'époque où, toutes ces conditions étant remplies, la société anonyme est régulièrement constituée.

On s'étonnera peut-être de ne pas voir figurer parmi les formalités précédentes la publicité ; elle est pourtant une condition de l'existence d'une société au regard des tiers. Il semble, dès lors, que les fondateurs, qui sont obligés, avant d'abandonner leur œuvre, de lui donner une organisation complète, doivent être tenus de faire exécuter la publicité légale. Il n'en est pourtant rien ; s'ils sont responsables de toutes les fautes commises dans la constitution d'une société anonyme, du moins leur rôle cesse-t-il lorsque, celle-ci étant formée, la direction en appartient aux administrateurs. Or, aux termes des articles 55 et 56 de la loi de 1867, la publication des statuts n'est prescrite que dans le mois qui suit la constitution de la société ; c'est-à-dire à une époque où (article 24 de la loi de 1867) les commissaires de surveillance et les administrateurs sont en fonctions, où la direction de l'entreprise leur appartient, où, par conséquent, ils sont chargés d'en assurer la publicité. Le rôle des fondateurs a cessé lorsqu'elle est requise ; il ne leur appartient pas d'en assurer l'exécution. Ce devoir incombe aux administrateurs.

LIVRE II. — SANCTION DES DEVOIRS IMPOSÉS AUX FONDATEURS.

La sanction des devoirs imposés aux fondateurs de sociétés anonymes est double : elle consiste d'abord dans la nullité de la société, puis dans la responsabilité des fondateurs. On comprend d'après l'intitulé de notre thèse, que la théorie détaillée des nulli-

tés dépasserait les limites du sujet et que nous nous proposons d'étudier surtout la responsabilité des fondateurs. Mais comme ces deux sanctions sont intimement liées, qu'elles se pénètrent l'une l'autre, que toute une série de responsabilités dérivent des nullités, il est nécessaire d'en donner d'abord un aperçu.

CHAPITRE PREMIER. — *Nullité de la Société.*

Une société anonyme peut-être frappée de nullité en vertu des principes du droit commun : les souscripteurs trompés ou violentés par les fondateurs ont le droit de faire annuler le contrat qui est entaché d'un de ces vices ⁽¹⁾.

La nullité sanctionne aussi les dispositions spéciales de la loi du 24 juillet 1867. Son article 41 est ainsi conçu : « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, 23, 24 et 25 de la loi. »

Ces deux espèces de nullité sont d'ailleurs séparées par de profondes différences. Tandis que la première est d'intérêt privé, la seconde est d'ordre public. Elle a pour but de protéger non seulement les tiers et les actionnaires, mais encore le crédit public que peut compromettre la circulation des titres émis par une société irrégulière. Il en résulte notamment que cette nullité peut être invoquée par tous les intéressés, actionnaires ou créanciers sociaux, tandis que la première ne saurait être mise en jeu que par le souscripteur victime d'un acte de violence ou d'un dol.

Nous nous contentons de donner ici ces notions générales sur les nullités, nous réservant d'insister, au cours de cette étude, sur celles qui sont plus intimement liées à la responsabilité des fondateurs.

CHAPITRE DEUXIÈME. — *Responsabilité des fondateurs.*

Avant d'entrer dans les détails de cette matière si complexe,

(1) L'incapacité, le défaut d'objet sont aussi des vices de droit commun qui peuvent entacher le contrat de société comme toute autre convention. Lorsque les apports sont fictifs (hypothèse assez fréquente en matière de sociétés anonymes) la société est nulle faute d'objet.

nous croyons utile de poser quelques principes généraux sur la responsabilité, ses sources, sa nature, son étendue. Ces notions ont été trop souvent perdues de vue par la jurisprudence, dans le dédale des combinaisons nouvelles, des situations inconnues que fait naître cette institution nouvelle, la société anonyme. Les juges ont statué bien plutôt d'après une équité arbitraire que d'après les vrais principes de la responsabilité dont parfois ils n'apercevaient pas l'application directe aux causes litigieuses.

La responsabilité est l'état d'un individu à qui l'on est en droit de demander raison d'un acte ou d'une abstention et l'obligation où il se trouve de répondre à cette demande (1). Pour donner lieu à une action publique, le seul fait d'avoir manqué à un devoir social peut suffire. Il n'est pas besoin que ce manquement ait porté atteinte à quelque intérêt individuel ; si l'ordre social est troublé par ce manquement constitutif d'un exemple dangereux la Société peut demander à son auteur compte de cet acte. C'est la responsabilité pénale. Autre est la responsabilité privée. Elle a sa base dans un dommage privé causé par une faute. Ces deux responsabilités sont d'ailleurs étroitement unies ; il est même certaines difficultés qui naissent de leur combinaison. Nous voulons parler de la prescription de l'action publique et de l'action civile.

Ces considérations nous dictent la division du chapitre second en trois titres.

- I. Responsabilité civile des fondateurs de sociétés anonymes.
- II. Responsabilité pénale.
- III. Prescription des actions en responsabilité.

Titre Premier

Responsabilité civile des fondateurs de sociétés anonymes.

Elle naît du dommage privé causé par une faute. Or, il y a deux catégories de fautes, la faute contractuelle et la faute délictuelle. Nous ne faisons pas ici de la quintessence juridique ; nous ne recherchons point si ces deux fautes n'ont pas la même essence in-

(1) FROMAGEOT. *De la faute*, p. 23.

time. Nous constatons seulement qu'une faute est un manquement à un devoir et que les devoirs juridiques sont de deux sortes : les uns, dérivant du fait même de vivre en société, sont communs à tous les membres qui en font partie ; les autres nés de la convention sont spéciaux aux parties contractantes. Il existe donc deux espèces de fautes, distinctes par leur origine, et à chacune correspond une responsabilité spéciale : la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. L'une et l'autre sont consacrées par notre législation qui les soumet à un régime différent. L'une et l'autre aussi peuvent être encourues par les fondateurs de sociétés anonymes au cours de leurs fonctions.

Une étude purement théorique serait donc divisée en deux sections, traitant l'une de la responsabilité délictuelle des fondateurs l'autre de leur responsabilité contractuelle. Mais ce plan, trop théorique, ne conviendrait pas à une matière qui n'est point du tout une question d'école, sur laquelle il existe au contraire une abondante jurisprudence. Nous préférons examiner dans l'ordre où nous les présente la pratique des affaires, les divers cas de responsabilité des fondateurs et analyser chaque fois la situation dont elle dérive. Ce procédé offre toutefois des inconvénients ; il nous expose à des redites. Faudra-t-il dans chaque hypothèse, rappeler et développer les principes sur lesquels nous basons nos solutions ? Afin de ne point répéter sans cesse ces principes, nous les voulons exposer une bonne fois en tête de ces explications.

La loi réglemente donc la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Elles diffèrent à des points de vue multiples. Nous ne retenons ici que les différences qui les séparent au point de vue de leur source, de leur preuve, de leur étendue.

Si le dommage a été causé par le débiteur en ne remplissant pas un engagement conventionnel, il faut appliquer non pas les articles 1382 et 1383, mais l'article 1137. Le débiteur sera donc tenu, non pas de la faute la plus légère, mais de la faute légère, seulement. Au barreau, on cite couramment les articles 1382, etc., quand il s'agit d'obligations conventionnelles. Cela n'est pas exact. La responsabilité du débiteur dans les contrats est réglée par l'article 1137 : il doit les soins d'un bon père de famille et répond de la faute légère « *in abstracto* », mais non de la faute la plus

légère. On ne peut donc, en principe, se prévaloir de l'article 1382 pour l'appliquer à un mandataire qui exécute mal son mandat. Et ceci nous importe car, ainsi que nous le verrons, le fondateur d'une société anonyme est un mandataire.

Il est inutile d'insister sur les différences qui séparent les deux responsabilités au point de vue de la preuve. Le demandeur doit prouver la faute délictuelle ; au débiteur d'établir que l'inexécution d'une obligation conventionnelle ne lui est pas imputable.

Enfin les deux responsabilités diffèrent profondément au point de vue de leur étendue. Le débiteur conventionnel a promis, soit expressément, soit tacitement, d'exécuter son engagement ou de payer des dommages-intérêts. Cette promesse ne peut concerner des dommages-intérêts supérieurs au préjudice qu'il prévoyait au moment de conclure la convention. Voilà pourquoi le débiteur contractuel, qui par sa faute, mais sans mauvaise foi, n'accomplit pas son obligation, ne doit que les dommages-intérêts qui ont été prévus, ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (1150). — Le préjudice qui est la raison d'être de l'obligation délictuelle en est aussi la mesure. La réparation est de toutes les suites du fait dommageable, mais bien entendu de toutes les suites directes et immédiates seulement.

De ceci d'ailleurs, il ne faudrait pas conclure qu'en matière de délits civils, le juge ne puisse prendre en considération l'étendue de la faute pour déterminer le montant des dommages-intérêts. La réparation à laquelle l'auteur du fait dommageable est condamné est une peine civile. Or toute peine doit être proportionnée à l'étendue de la faute.

La responsabilité contractuelle est donc bien distincte de la responsabilité délictuelle. Mais en pratique, il arrive souvent qu'elles coexistent. C'est par exemple un fondateur, qui reçoit mandat d'un souscripteur de recouvrer certaines sommes et de les employer à la libération d'actions souscrites. Les sommes sont recouvrées, mais détournées de leur destination par le fondateur qui se les approprie. En agissant ainsi, il a d'abord violé le contrat de mandat, et de plus il a commis un fait illicite qui tombe sous le coup de l'article 1382. — Il ne faudra donc point nous étonner de rencontrer simultanément les deux responsabi-

lités dans quelques-unes des espèces que nous emprunterons à la jurisprudence.

Ce sont ses décisions que, maintenant, nous nous proposons d'étudier. On remarque involontairement en les parcourant que les dommages-intérêts dus par les fondateurs sont alloués tantôt à des associés, tantôt à des créanciers sociaux. Cette observation dirigera nos recherches.

SECTION I. — *Responsabilités des fondateurs vis-à-vis des associés.*

Nous savons que, parmi les devoirs auxquels sont astreints les fondateurs de sociétés anonymes, les uns résultent de l'application des textes qui contiennent les principes généraux du droit, les autres de lois spéciales à la matière (lois de 1867 et 1893). Selon qu'elles appartiennent à l'une ou à l'autre catégorie, les obligations des fondateurs sont sanctionnées par une responsabilité qui obéit à des règles différentes.

§ I. — *Responsabilité de droit commun.*

I. — *D'où elle naît et comment elle agit.* — Les fondateurs d'une société anonyme organisent toujours, afin de réunir les capitaux nécessaires, une vaste publicité. Ils répandent des prospectus qui contiennent, tant sur les ressources de la société que sur son avenir, les renseignements les plus séduisants. Le public tenté souscrit, la société sombre et les actionnaires perdent leurs capitaux. — D'autres fois les fondateurs ne se contentent pas de cette publicité mensongère ; ils font auprès des capitalistes avec lesquels ils sont en relation des démarches personnelles, et leur arrachent des souscriptions. Cette publicité, ces démarches engagent-elles la responsabilité des fondateurs vis-à-vis des associés ? La réponse théorique est fort simple. Si ces opérations sont dolosives, il faut appliquer la théorie du dol dans les contrats.

Mais en fait, il est souvent fort difficile de déterminer s'il y a ou s'il n'y a pas dol. La jurisprudence en admet rarement l'existence. Le public attache peu d'importance aux prospectus et circulai-

res, que font distribuer les organisateurs d'une société anonyme : ce sont en général des réclames banales dont la valeur est trop connue pour que les souscripteurs puissent raisonnablement leur accorder quelque confiance. On ne saurait imputer aux fondateurs l'imprudence des actionnaires. En ce sens il a été décidé que « les allégations mensongères contenues dans des prospectus destinés à annoncer une souscription, ne sont pas suffisantes pour entraîner la nullité de la souscription, si elles n'ont pas exercé une influence décisive sur l'esprit du souscripteur qui s'est engagé sans vérifier les faits annoncés, bien qu'il en eut les moyens à sa disposition » (1).

Les actionnaires ont souvent porté devant les tribunaux des demandes en responsabilité, basées sur ce que les fondateurs avaient considérablement majoré leurs apports, tant dans le prospectus que dans le rapport remis à l'assemblée générale. Cette majoration excessive ne constituait-elle pas un dol ? On objectera peut-être que le rapport sur la valeur des apports en nature, n'est dressé et porté à la connaissance des intéressés qu'après que les actions ont été souscrites ; à cette époque le contrat de société est formé et ne saurait être vicié rétroactivement. Nous répondrons qu'il n'est pas définitif, il ne le devient que par l'approbation des apports : or les actionnaires ne l'auraient pas votée s'ils n'avaient été trompés par les fondateurs. Il est donc exact de dire que leurs fausses déclarations constituent un dol qui, antérieur à la formation définitive du contrat de société, l'entache. Plusieurs arrêts ont fait des applications de cette idée (2) ; même, ils admettent d'autant plus facilement l'existence d'un dol que, si les souscripteurs n'ont pas confiance en des circulaires banales, ils accordent au contraire grand crédit à un rapport précis et détaillé que dressent des vérificateurs ad-hoc.

D'ailleurs l'appréciation de l'influence qu'ont eue les manœuvres pratiquées par les fondateurs, du caractère frauduleux de leurs démarches, appartient souverainement aux juges du fait.

(1) Paris, 26 mars 1886. R. S. 86 p. 554. — Paris, 23 mars 1887, R. S. 87 p. 359.

(2) Douai 11 août 1887 ; *Journal des Sociétés* 1888, p. 182. — Cass. 19 février 1888. *Revue des Sociétés*, 1886, p. 182.

dont la décision échapperait à la censure de la Cour de cassation ⁽¹⁾.

Ces manœuvres frauduleuses ne produisent pas toujours les mêmes résultats. Selon qu'elles constituent un dol incident ou un dol principal leurs conséquences sont plus ou moins graves.—Dans le premier cas le souscripteur trompé n'est pas fondé à demander la nullité du contrat de société, car le dol incident n'entraîne pas l'annulation de la convention qu'il entache ⁽²⁾. Mais ces opérations dolosives sont constitutives d'un fait illicite et dommageable qui expose le fondateur à la responsabilité délictuelle de l'article 1382.

Forment-elles au contraire un dol principal, déterminant, *dans causam contractui*, il devient plus difficile de fixer exactement tous leurs résultats. Avant d'aborder de front la question, il faut avoir une notion précise du contrat de souscription. Nous croyons qu'il contient une double convention : d'abord un contrat de société entre tous les associés ; puis un contrat de mandat entre les souscripteurs et les fondateurs qui reçoivent pouvoir de faire toutes les démarches nécessaires à la constitution régulière de la société. De ces deux conventions nous ne retenons maintenant que la première.

Quelle est sur elle l'influence d'un dol principal pratiqué par un fondateur pour déterminer une personne à souscrire ? Tout le monde est d'accord sur le résultat : le souscripteur victime du dol peut demander la nullité du contrat de société ⁽³⁾. Mais on éprouve certaines difficultés pour justifier cette solution au point de vue juridique. Des auteurs ont même émis à ce sujet un raisonnement tout au moins bizarre. Le contrat de souscription se formerait entre les souscripteurs et la société représentée par les fondateurs : le mandant étant tenu du dol pratiqué par le mandataire ⁽⁴⁾ le capitaliste trompé serait bien fondé à demander la nullité du pacte social. On suppose donc que la convention intervient entre les souscripteurs et la société ; comme si elle existait

(1) AUBRY et RAU, IV, p. 304. Cass. 21 janvier 1890. *Revue des Sociétés*, 90, p. 127.

(2) AUBRY et RAU, IV, p. 302.

(3) Douai, 11 août 1887, *Journal des Sociétés*, 88, p. 182.

(4) Aubry et Rau IV, p. 303, note 28.

au moment où les capitalistes souscrivent justement pour la former !

Mais alors quelle base juridique peut-on donner à l'action en nullité ? La difficulté est évidente. Le dol n'annule une convention que s'il a été pratiqué par un des contractants vis-à-vis de l'autre. Or, le contrat de société se forme, non pas entre les souscripteurs et le fondateur coupable, mais entre le souscripteur trompé et les autres associés. — Mais parmi ces associés figurent presque toujours les fondateurs : (1) dès lors la convention intervenue entre eux et leur victime est entachée de nullité. Or, un contrat de société forme un tout indivisible : il est donc nul pour le tout. — D'ailleurs, dans la réalité des faits, ce contrat se forme non pas directement entre les actionnaires, mais entre chacun d'eux et l'universalité des autres représentés par les organisateurs de la société. Or, un mandant est obligé par les manœuvres dolosives auxquelles son mandataire se livre dans l'exécution de son mandat. Les souscripteurs sont donc tenus du dol pratiqué par les fondateurs vis-à-vis de l'un des actionnaires ; ils doivent réparer le préjudice qui en dérive, et comme la plus simple des réparations consiste dans l'annulation de l'acte entaché de dol, force est bien d'admettre qu'à leur égard le pacte social est nul.

D'ailleurs que le dol soit principal ou incident, il peut en tous cas servir de base à une demande en dommages-intérêts formée par le souscripteur trompé contre les fondateurs qui ont abusé de sa confiance. Mais il est difficile de déterminer avec exactitude le montant des dommages-intérêts qui lui doivent être alloués. Représentent-ils toujours et nécessairement la totalité des capitaux perdus par l'actionnaire qui a été victime du dol ? L'importance de la condamnation encourue varie-t-elle au contraire, selon que la ruine sociale provient précisément de l'absence des circonstances juridiques ou industrielles dont les organisateurs avaient frauduleusement annoncé l'existence ou qu'elle tient à toute autre cause, par exemple à des fautes de gestion commises beaucoup plus tard par les administrateurs ? Il serait prématuré

(1) Ainsi que nous essayerons de le prouver plus tard, les porteurs de parts de fondateur sont des associés.

d'approfondir ici ce débat dont l'analyse est intimement liée à l'étude de la responsabilité spéciale qu'édicté l'art. 42 de la loi de 1867. Nous examinerons simultanément ces deux questions. ⁽¹⁾

Nullité, responsabilité, telles sont donc les conséquences du dol pratiqué par les fondateurs vis-à-vis d'un souscripteur. Sont-elles de nature à réagir l'une sur l'autre ? Il semble d'abord que si le contrat de société est annulé, les actionnaires seront dispensés d'effectuer les versements encore dus, de telle sorte que les organisateurs ne seront en tous cas responsables que du capital déjà versé. Mais ceci est inexact. La nullité d'une société pour cause de dol ne peut être invoquée par la victime du dol contre les tiers ⁽²⁾. Les créanciers sociaux ont donc le droit d'exiger la libération intégrale des titres ; mais s'il y a lieu, les fondateurs seront tenus aussi d'en rembourser toute la valeur nominale.

II. — *Par qui et en quelle forme est intentée l'action en responsabilité.* — Parmi les actions en responsabilité auxquelles sont exposés les fondateurs de sociétés anonymes, on distingue les actions individuelles et les actions sociales. Les premières sont exercées par des particuliers individuellement ; les secondes par les administrateurs. Lorsque des actionnaires subissent un préjudice personnel, sans qu'il rejaillisse en aucune façon sur la société, chacun séparément intente une action en responsabilité ; l'être moral dont les intérêts n'ont pas été lésés ne serait pas fondé à agir en justice. Or, s'il est un préjudice essentiellement individuel, qui n'atteint dans aucune mesure la société, c'est bien celui qui résulte, pour certains souscripteurs, de ce qu'ils ont été, par des allégations et des réticences dolosives, déterminés à s'associer. L'action en réparation du préjudice causé par le dol des fondateurs appartient donc exclusivement au souscripteur trompé ⁽³⁾. Elle ne saurait être paralysée par une approbation ou transaction quelconque de l'assemblée générale avec les fondateurs. La société ne peut disposer d'un droit qui ne lui appartient pas.

Le droit à une indemnité est d'ailleurs propre à l'actionnaire

(1) V. *infra* § II. I *in fine*.

(2) Cass. 10 Février 1868. D P. 68, I, 379. — Paris, 10 juin 1890, R S, 90, 373.

(3) Paris, 11 juillet 1882. R. S. 83, p. 73. — D. 84. I. 339.

qui a été victime du dol. Ce droit ne se transmet pas avec les titres et demeure sur la tête du souscripteur primitif. Un capitaliste avait été déterminé, par la fraude des fondateurs, à souscrire des actions. Plus tard il les vendit, mais pour un prix bien inférieur aux sommes versées à la société. L'acheteur connaissait la situation. Le souscripteur primitif forma alors une demande en nullité de la société et en remboursement de la différence entre le prix d'émission et le prix de vente. La demande en annulation fut repoussée parce qu'elle était intentée par une personne qui, ayant déjà transmis ses titres, n'était plus intéressée à la fin de l'entreprise : pas d'intérêt, pas d'action. L'acheteur n'aurait pas davantage pu faire annuler la société, car il n'avait pas été trompé. Mais le vendeur triompha dans son action en responsabilité ⁽¹⁾ : l'aliénation laissait subsister le préjudice. Pourtant il pourrait se faire que toute indemnité soit refusée au demandeur si, en fait, il y avait tacitement renoncé. La vente qu'il a consentie de ses titres serait même souvent interprétée en ce sens.

Mais il arrive parfois que les acheteurs d'actions ont, de leur propre chef, une action en responsabilité contre les fondateurs qui se sont rendus coupables de dol. La majoration des apports accomplie à l'aide de mensonges et de dissimulations calculés, avait trompé les capitalistes sur la valeur réelle des actions émises par une société anonyme ; ils les avaient acquises pour un prix bien supérieur à cette valeur. Les fondateurs furent condamnés à payer une indemnité représentative du tort que leur dol avait causé aux acquéreurs ⁽²⁾.

Quant à la forme de la demande en responsabilité, il faut distinguer. L'actionnaire argue-t-il d'un dol incident ou même d'un dol principal, mais dans le seul but d'obtenir des dommages-intérêts, il suffit d'assigner les fondateurs. Le demandeur invoque-t-il, au contraire, un dol principal pour réclamer à la fois des dommages-intérêts et la nullité de la société, il faut la mettre en cause dans la personne de ses administrateurs. La nullité de la société ne peut être prononcée qu'en sa présence ⁽³⁾.

(1) Cass. 25 janvier 1881. D. 81. I. 153.

(2) Tribunal de commerce de Nantes, 20 juin 1885. *Revue des Sociétés*, 85, p. 609.

(3) VAVASSEUR, *Traité des sociétés commerciales*, § 751.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que du cas où les fondateurs avaient eu recours à des manœuvres dolosives pour provoquer des adhésions. C'est en effet l'hypothèse la plus fréquente. Mais on conçoit aussi que les organisateurs aient employé la violence vis-à-vis des souscripteurs. Dans ce cas la société est nulle et les responsabilités sont les mêmes que s'il y avait eu dol principal. Il existe pourtant entre les deux situations une différence qu'il importe de signaler. Lorsqu'une convention est viciée par la violence, elle est nulle « *ergà omnes* ». Si donc le contrat de société est annulé pour cause de violence, cette nullité est opposable aux tiers par l'actionnaire violenté. Les créanciers sociaux ne sont pas en droit d'exiger qu'il libère complètement ses titres. Il ne perd que les capitaux déjà versés. La responsabilité des fondateurs est donc limitée aux sommes que représentent les versements effectués avant l'annulation. En sorte que nous arrivons à ce résultat bizarre que, vis-à-vis des souscripteurs du moins, un fondateur est grevé d'une responsabilité moins lourde s'il les a violentés que s'ils les a seulement trompés.

§ II. — *Responsabilité édictée par l'article 42 de la loi de 1867.*

Ce texte est ainsi conçu : « Lorsque la nullité de la société... a été prononcée aux termes de l'article précédent (l'article 41, qui renvoie aux articles 21, 22, etc.), les fondateurs auxquels la nullité est imputable, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. » La loi du 1^{er} Août 1893, a remplacé ces derniers mots par ces autres « responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation ». De ce texte nous ne retenons maintenant que les dispositions qui réglementent la responsabilité des fondateurs vis-à-vis des actionnaires.

Lors donc qu'une société anonyme est annulée parcequ'elle n'est pas constituée conformément aux prescriptions spéciales de la loi de 1867, et que cette nullité porte atteinte aux intérêts des associés, ils ont un recours contre les fondateurs. Quelques exemples nous feront mieux comprendre comment cette responsabilité peut être encourue. Une société anonyme est formée sans que ses

organisateurs aient exigé le versement légal. Aussi dès l'origine, les fonds de roulement manquent-ils et, faute de ces premières ressources, l'entreprise sombre. Si la société franchissait ce mauvais pas, elle entrerait dans une phase de prospérité. Les fondateurs sont responsables de cet échec vis-à-vis des actionnaires. Autre exemple : une société anonyme est organisée sans que le capital social ait été intégralement souscrit ; pourtant elle réalise des bénéfices considérables, et le vice dont elle est entachée n'entrave en aucune façon son bon fonctionnement. Mais, par sottise ou plus souvent par haine, un actionnaire se basant sur ce que le capital social n'a pas été intégralement souscrit demande et obtient que la société soit annulée. Les associés ne touchent plus de dividendes ; les fondateurs sont tenus de réparer ce préjudice. — Ces exemples pratiques nous ont fait saisir, d'une façon concrète, comment peut être encourue la responsabilité de l'article 42. Nous examinerons successivement : I. Quelle est sa base juridique. — Quelle est son étendue. — II. Par qui, en quelle forme et quand elle peut être invoquée.

I. — *Base juridique. — Étendue.* — Les fondateurs sont chargés par leurs coassociés de veiller à l'accomplissement des conditions prescrites pour la constitution de la société. S'ils négligent ce devoir, ils violent le mandat conventionnel qui, ainsi que nous l'a révélé une analyse précédente, est implicitement contenu dans le contrat de souscription. La loi part de l'idée, dit l'exposé des motifs de la loi de 1867, que les fondateurs sont des mandataires. Le rapport de la commission législative s'exprime dans les mêmes termes. — Au regard des actionnaires, la responsabilité de l'article 42 est donc, en principe, contractuelle.

Mais il fut bien entendu que la loi nouvelle n'excluait pas l'application de l'article 1382 du Code civil. Ceci est une remarque que l'on n'a peut-être pas assez mise en relief. Si tous les auteurs s'accordent, ainsi que nous le verrons, à reconnaître que vis à vis des tiers, l'article 42 consacre une responsabilité délictuelle, aucun ne semble croire qu'au regard des associés il puisse en être de même. Or, nous pensons que le plus souvent l'article 1382 suffirait, à lui seul, pour rendre les fondateurs responsables vis à

vis des actionnaires. Lorsque l'organisateur d'une société anonyme déclare faussement, à l'assemblée générale, que le capital social est intégralement souscrit, sans doute, il viole le mandat qui lui a été conféré ; mais, de plus, il commet un fait illicite qui, en dehors de toute idée de mandat, tombe sous le coup de l'article 1382. A raison de leur ingérence dans les affaires sociales, les organisateurs d'une société jouissent auprès des actionnaires d'un crédit spécial. Toute autre personne qui, sans être tenue d'ailleurs d'aucun lien conventionnel, jouirait d'un crédit comparable, et en abuserait pour transmettre aux souscripteurs des renseignements inexacts qui les déterminent à s'associer définitivement, engagerait sa responsabilité délictuelle. Par conséquent, il est vrai de dire qu'au regard même des actionnaires, l'article 42 ne s'inspire pas seulement de l'article 1992, mais aussi de l'article 1382. Si donc l'application de ce dernier texte conduisait à d'autres et plus graves conséquences que celles de l'art. 1992, il ne faudrait pas hésiter à les consacrer.

Mais en fait, au regard des associés, cette responsabilité délictuelle s'absorbe en quelque sorte dans la responsabilité contractuelle. Celle-ci fera l'objet de nos recherches actuelles ; nous nous réservons d'étudier plus spécialement la première lorsque nous examinerons quels sont les rapports des fondateurs avec les tiers, c'est-à-dire avec les créanciers sociaux.

La responsabilité de l'article 42 présente deux caractères propres : elle est obligatoire et solidaire... Solidaire ? L'article 42 le dit expressément. Obligatoire ? Cela résulte des expressions employées par ce texte. Après avoir dit que les fondateurs *sont* responsables, la loi ajoute : « la même responsabilité *peut* être prononcée contre ceux des associés dont les apports en nature ou les avantages n'ont pas été vérifiés ou approuvés. » La responsabilité de ces apporteurs est donc facultative pour les tribunaux et par *a contrario* celle des fondateurs est obligatoire. L'opposition entre les deux mots « sont » et « peut » est trop frappante, les deux termes en sont trop rapprochés pour qu'elle n'ait pas été intentionnelle. Objectera-t-on que l'article 42 *ne* rend responsables *que* ceux auxquels la nullité est imputable ? On traduit mal

ce texte : on y ajoute une particule négative qui n'y est pas ⁽¹⁾.

Nous venons d'argumenter du texte nouveau, de l'article 42 modifié en 1893. Sous l'empire de la loi de 1867 ce raisonnement eut-il été exact ? Le doute était permis. L'ancien texte en effet portait que « les fondateurs... sont solidairement responsables vis à vis des tiers sans préjudice du droit des actionnaires ». Dès lors on pouvait estimer que les mots « sont solidairement responsables » s'appliquaient uniquement aux rapports des fondateurs avec les tiers et que les dernières expressions du texte relatives aux droits des actionnaires faisaient un renvoi pur et simple aux règles du droit commun. Mais aujourd'hui cette opinion ne serait plus soutenable. De la nouvelle rédaction de l'article 42 il ressort que, vis à vis des actionnaires comme vis à vis des tiers, la responsabilité des fondateurs est obligatoire et solidaire.

Précisons ces deux caractères. La responsabilité des fondateurs est obligatoire. Qu'est-ce à dire au juste ? Cela signifie que les organisateurs d'une société anonyme ayant accepté le mandat d'en assurer la constitution régulière doivent non seulement s'abstenir personnellement de tout dol, mais encore veiller à ce qu'il ne s'en commette aucun. Ainsi un fondateur ne saurait pour échapper à l'application de l'article 42 exciper de sa bonne foi ; il demeure responsable de la nullité de la société, résultant notamment d'une déclaration mensongère du versement exigé par la loi sur chaque action, encore qu'il n'ait point participé à cette déclaration ou qu'en y participant il n'ait pas agi sciemment et s'en soit rapporté aux autres fondateurs ⁽²⁾. En ne contrôlant pas les actes de ces collègues, il exécute imparfaitement le mandat qui le lie. Ces solutions sont déduites logiquement des principes qui régissent la matière du mandat ⁽³⁾.

(1) Lyon 9 février 1883. J S 83. 181 — Toulouse, 28 novembre 1883. La loi 16 janvier 1884.

(2) Lyon. 9 février 1883. loco c^o.

(3) Il faut remarquer d'ailleurs que, le mandat des fondateurs étant salarié, leur responsabilité doit être appréciée avec une rigueur particulière (1992 Cc.) — Peut-être même, à raison du caractère impératif des termes employés par le législateur, faudrait-il aller plus loin et décider que le fondateur répond, dans l'exécution de son mandat, non seulement de la *culpa levis in abstracto*, ce qui est

Faut-il aller plus loin et frapper encore les fondateurs quand bien même ils parviendraient à démontrer que non seulement ils sont étrangers à la violation de la loi, aux actes frauduleux, mais encore qu'il n'ont absolument pas pu connaître le vice entraînant la nullité ? Peuvent-ils en d'autres termes, invoquer utilement une erreur commune ou invincible ? La cour de cassation, dans un arrêt du 15 juillet 1869 admet l'affirmative. Les fondateurs et administrateurs de la société l'Armoricaine invoquaient, à l'encontre des actionnaires poursuivants, leur erreur commune sur la légalité du versement du quart effectué, dans l'hypothèse, au moyen d'un transfert de titres. En fait, tous les intéressés étaient persuadés de la légalité du procédé. A raison de cette circonstance la Cour de Cassation a écarté la responsabilité des fondateurs, bien que la nullité de la société ait été prononcée. Faut-il généraliser cette solution, parfaitement équitable en l'espèce, et poser le principe que l'annulation d'une société anonyme ne peut être imputée à son fondateur, s'il est établi qu'il ne lui a pas été possible d'empêcher la fraude commise clandestinement par d'autres⁽¹⁾. Nous le pensons. Outre que l'équité l'exige il ne faut pas oublier que, vis à vis des actionnaires, la responsabilité de l'art 42 repose en somme sur l'idée de mandat et qu'un mandataire n'est responsable que de ses fautes. La faute doit être la mesure de la responsabilité : telle est, nous le verrons, l'idée fondamentale sur laquelle repose toute la loi de 1893. N'est-ce point ici le cas d'appliquer ces principes ? Nous avons supposé que les fondateurs n'étaient pas coupables, comment seraient-ils responsables ? La détermination de l'erreur commune ou invincible est évidemment une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux.

La responsabilité obligatoire de l'article 42 est encourue « solidairement » par tous les fondateurs et administrateurs, vis à vis des actionnaires comme vis à vis des tiers. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué brièvement, ⁽²⁾ la loi de 1893 contient à cet égard

le droit commun en matière d'obligations contractuelles, mais encore de la *culpa laxissima*. — Ceci d'ailleurs laisserait subsister la nécessité d'une faute, quelle que légère qu'elle soit, et n'exclurait point par conséquent le tempérament d'équité dont nous établissons dans la suite du texte le bien fondé.

(1) Cass. 30 janvier 1893. D 93. I. 224.

(2) V. *Supra*, p. 43.

une innovation sur laquelle nous devons maintenant insister avec plus de détails. L'ancien article 42 se bornait à réserver le droit des actionnaires contre les fondateurs de la société annulée sans ajouter qu'à leur encontre la responsabilité serait solidaire aussi bien qu'envers les tiers. Le caractère de cette responsabilité se déterminait donc d'après l'article 1995 du Code civil, aux termes duquel, lorsqu'un mandat est confié à plusieurs mandataires, il n'y a solidarité entre eux que si elle a été expressément stipulée.

Toutefois (et ceci nous montre comment, vis-à-vis même des associés, la responsabilité délictuelle des fondateurs ne fait pas toujours double emploi avec leur responsabilité contractuelle) (1) les fondateurs d'une société anonyme pouvaient être déclarés responsables *in solidum* de son annulation lorsqu'il était constaté qu'ils avaient commis, soit envers tous les actionnaires, soit envers quelques-uns d'entre eux, une faute commune qui, en dehors de leurs devoirs contractuels, prendrait le caractère d'un quasi délit; ils tombaient alors sous l'application de la responsabilité *in solidum* spéciale qui pèse sur les coauteurs d'une faute commune et indivisible (2). — En cet état intervint la loi du 1^{er} août 1893: elle supprime toute distinction entre les tiers et les associés en décidant que vis-à-vis des uns et des autres, les fondateurs sont solidairement responsables. A l'égard des actionnaires, la solidarité légale s'est donc substituée à l'ancienne obligation *in solidum*.

L'associé lésé par la nullité peut demander la réparation intégrale du préjudice qu'il subit à l'un quelconque des fondateurs. Mais celui-ci aura-t-il un recours contre ses co-fondateurs? On l'a nié parce que, dit-on, la constitution d'une société anonyme entachée de nullité constitue le plus souvent un délit, et qu'il est de principe que les coauteurs d'un délit ne peuvent exercer un recours les uns contre les autres à raison des condamnations civiles prononcées contre eux. (3) A ce résultat profondément inique, la jurisprudence s'efforçait d'échapper en faisant observer que l'organisateur d'une société nulle ne commet pas seule-

(1) Voir le début de ce paragraphe.

(2) V. la dissertation de M. Levillain D. P. 90, II, 321, note 1.

(3) Grenoble, 6 Mai 1883. R. S. 83. 657.

ment un délit, mais qu'il viole aussi le mandat qu'il a reçu des actionnaires; qu'il s'agit donc ici d'une faute contractuelle à laquelle le raisonnement précédent est inapplicable. Nous ne discuterons pas la valeur très problématique de cette argumentation car nous croyons que la loi de 1893 offre un moyen beaucoup plus simple de mettre les principes juridiques d'accord avec l'équité. Nous disions tout à l'heure que le nouvel article 42 substitue à l'ancienne obligation *in solidum*, la solidarité légale proprement dite; ce texte, en effet, édicte expressément la solidarité dont s'agit. Or, l'article 1213 du code civil dont on s'accorde généralement à faire l'application à la solidarité légale (1), dit que l'obligation solidaire « se divise de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion ». Par application de l'article 1213, la condamnation à des dommages-intérêts se divisera donc entre les co-fondateurs qui n'en seront tenus, dans leurs rapports respectifs, que chacun pour sa part et portion (2).

Le principe d'un recours étant admis, il importe de savoir dans quelle mesure il pourra être exercé, de déterminer d'après quelle règle se fera la répartition des dommages-intérêts entre les divers fondateurs responsables. La Cour de Bordeaux a décidé (3) que l'obligation solidaire doit se partager entre eux « au prorata du nombre de leurs actions » : solution parfaitement arbitraire qui ne peut s'appuyer ni sur un texte, ni sur la raison. De texte, il n'y en a pas; force nous est donc de recourir aux principes. Or, à cet égard, la loi déclare les fondateurs responsables de la nullité parce qu'elle présume qu'ils sont tous en faute; leur faute est le

(1) Colmet de Sauterre, V, p. 209.

(2) Civ rej. 8 Nov. 1886, D. P. 87, I, 9. — Req. 23 Janvier 1895, D. P. 95, I, 173. — Lyon, Caen et Renault, op. cit., n° 796 bis. — La législation transvaalienne (loi n° 1 de 1891) autorise expressément les recours entre co-fondateurs : « La personne poursuivie et reconnue coupable des faits précités (constitution d'une société nulle ou frauduleuse) pourra en cas de condamnation, poursuivre ceux qui ont participé au même titre qu'elle aux faits incriminés, pour leur réclamer leur part des sommes par elle payées à titre de dommages-intérêts. » J. S. 1896-90.

(3) Bordeaux, 9 Mars 1874. D 77, I, 49. — Cass. 13 Mars 1876, D 77, I, 49. — Toulouse, 23 Mars 1887. D, 87, II, 233.

fondement de la responsabilité solidaire ; elle doit aussi en être la commune mesure : tel est le seul criterium logique et équitable. — Certains auteurs admettent bien comme principe que la responsabilité doit être répartie, proportionnellement à la faute de chacun ; mais exagérant la présomption légale de communauté de faute entre tous les fondateurs administrateurs, ils rejettent tout degré dans la culpabilité et refusent de tenir compte des situations de fait. « Tous nous semblent être également coupables, parce que tous pouvaient empêcher l'œuvre de s'achever et qu'à cet égard ceux qui sont restés sur une certaine réserve avaient un pouvoir égal à ceux de qui la nullité résulte directement... » (1). La condamnation à des dommages intérêts doit donc toujours et nécessairement se répartir entre les fondateurs par portions égales. Outre que cette opinion est profondément inique, elle est contredite directement par M. Mathieu le rapporteur de la loi de 1867, qui reconnaît au juge « le pouvoir d'apprécier la situation, les faits, et de répartir les conséquences de la faute proportionnellement à la part que chacun a prise à cette faute ». Cette interprétation à laquelle nous nous rallions a le double mérite de reposer sur le principe même de la responsabilité qui est la faute, et de satisfaire pleinement (2) l'équité en mesurant la condamnation à la culpabilité de chacun.

Telles sont la base juridique et la nature de la responsabilité des fondateurs au regard des associés. *Jusqu'où s'étend-elle ?* Elle est limitée au dommage résultant de l'annulation. Ce résultat admis par la jurisprudence sous le régime de la loi de 1867 est consacré expressément par celle de 1893 (art. 5). Les actionnaires doivent donc établir qu'il y a une relation de cause à effet entre la nullité de la société et le dommage dont ils souffrent. Ils n'ont droit à aucune indemnité lorsqu'ils ne fournissent pas cette preuve, car si le législateur présume que la nullité est imputable aux organisateurs, il ne présume pas qu'elle cause préjudice aux associés. C'est à ces derniers qui jouent le rôle de demandeurs qu'incombe sur ce point le fardeau de la preuve.

(1) Larue. De la responsabilité des fondateurs et des administrateurs des sociétés anonymes. p. 147.

(2) En ce sens. Paris 10 juillet 1885. Gazette des tribunaux du 25 octobre 1885.

La nullité qui entache une société anonyme peut d'ailleurs léser de deux façons bien distinctes les intérêts des actionnaires. Tantôt le vice originaire agit par lui-même, sans que la nullité ait été prononcée : le quart, par exemple, du capital social n'a pas été versé, et il en est résulté une pénurie de fonds de roulement qui, dès l'origine de la société, a été le germe de sa ruine. Tantôt, au contraire, le vice originaire, par lui-même insignifiant, sert de base à l'annulation d'une société prospère : la source d'où les associés tiraient d'abondants bénéfices est tarie. — Mais de quelque façon qu'elle agisse, la nullité n'ouvre un recours aux actionnaires que lorsqu'elle est la cause directe et immédiate du dommage dont ils souffrent. Si donc une société anonyme périclité par suite de mauvaises opérations, complètement indépendantes du vice originaire, les souscripteurs ne sont pas fondés à demander aux fondateurs le remboursement de leurs mises.

On a pourtant contesté cette solution, et l'on a prétendu que le préjudice résultant de la nullité est toujours et nécessairement égal aux fonds souscrits ; qu'en toute hypothèse les associés ont le droit d'exiger des organisateurs la restitution des capitaux engloutis dans l'entreprise. Nous trouvons cette théorie nettement formulée dans un arrêt de la chambre des requêtes du 18 mai 1885 (1). Les fondateurs, dit-on, reçoivent mandat de constituer une société régulière ; faute par eux de le faire, ils sont tenus, par une sorte de *condictio sine causa*, de restituer les fonds qui ne leur avaient été remis que sous la condition non réalisée de l'organisation d'une société régulière. En d'autres termes : il existe entre les fondateurs et les souscripteurs un contrat synallagmatique. Les premiers se sont engagés à créer une société conformément à la loi de 1867 : les seconds à verser les fonds nécessaires. Cette prestation a été fournie ; les organisateurs, au contraire, n'ont pas exécuté l'obligation dont ils étaient tenus, puisque la société est nulle. Les souscripteurs sont par conséquent fondés (art. 1184 du Code civil) à demander la résolution du contrat et le rétablissement des choses dans leur état antérieur ; c'est-à-dire qu'ils sont

(1) Req. 18 mai 1885. *Journal du Palais*, 85, p. 1137. — *Journal des Sociétés*, 86, p. 81.

en droit d'exiger le remboursement intégral des fonds par eux versés.

Malgré la clarté du raisonnement nous ne saurions l'admettre. L'application de l'article 1184 conduirait à remettre les choses dans le même état que s'il n'y avait pas eu de société. Cette restitution est possible dans certains contrats, dans la vente, par exemple, où l'acheteur qui ne paye que partiellement rend l'objet livré et recouvre ce qu'il a versé. Mais une société qui a existé laisse des traces ineffaçables ; une impossibilité matérielle s'oppose au rétablissement des choses dans l'état primitif. Un exemple éclaircira ces explications. Si le contrat est résolu, fondateurs et souscripteurs doivent récupérer intégralement les prestations qu'ils ont fournies : les actionnaires reçoivent les capitaux qu'ils ont versés ; mais il faut aussi que les organisateurs rentrent en possession des dividendes distribués. Or, faute de connaître ceux qui les ont touchés, les fondateurs sont le plus souvent privés de toute action en répétition. Ces recours seraient-ils susceptibles d'aboutir qu'un doute s'élèverait encore sur leur validité. L'intention des parties n'était-elle pas « que le passé soit liquidé en prenant les conventions sociales pour base » ⁽¹⁾ ; c'est-à-dire que les dividendes perçus le soient définitivement.

Au point de vue juridique, comme au point de vue pratique, il est impossible d'appliquer l'article 1184. Les fondateurs, dit-on, se sont engagés, moyennant le versement des fonds nécessaires, à constituer une société régulière. Lorsqu'elle est nulle, il y a inexécution, partielle nous le voulons bien, de leur obligation ; mais une inexécution partielle suffit pour déterminer la résolution d'un contrat synallagmatique. Sans doute, mais encore faut-il qu'en ne remplissant pas d'une façon complète ses engagements, le débiteur ait porté atteinte aux intérêts du créancier. Celui-ci n'a pas stipulé tacitement une condition résolutoire pour sanction de l'inaccomplissement d'un fait qui lui est indifférent. Or, par hypothèse, la nullité est étrangère à l'effondrement de la société ; légalement formée, elle n'eût pas moins sombré. Les actionnaires prétendraient-ils faire résoudre un contrat à cause d'une nullité qui leur importe peu ?

(1) PONT. *Sociétés commerciales*, nos 1263 et 1264.

Ils abandonnent alors l'article 1184 et au lieu de demander la résolution, réclament (art. 1151) une indemnité qui, disent-ils, est nécessairement égale au montant des versements, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la ruine de la société ou sa faillite ont été provoquées par le vice originaire qui l'entachait ou par tout autre événement. Les actionnaires, remarque-t-on, n'ont souscrit leurs actions et n'ont versé leurs capitaux que parce qu'ils étaient convaincus de l'accomplissement des formalités auxquelles la loi subordonne la constitution régulière d'une société anonyme. S'ils avaient su que ces prescriptions n'étaient pas observées, très probablement ils auraient retiré leurs souscriptions, plutôt que de rester sous le coup de la nullité qui menaçait la société, et par cela même ils auraient évité toute perte. Mais ils ont été trompés par les déclarations mensongères des fondateurs : sur la foi de ces déclarations ils ont confié et laissé à la société des capitaux qui sont maintenant perdus. Cette perte a ainsi sa cause, non pas seulement dans la faillite de la société, mais aussi et surtout dans la faute que les fondateurs et les administrateurs d'origine ont commise : ceux-ci sont tenus de réparer cette conséquence directe de leur faute et par conséquent de rembourser aux actionnaires le montant intégral de leurs versements, quels que soient les événements qui ont pu amener la ruine sociale.

Si spécieuse que paraisse cette objection, elle ne repose cependant que sur une hypothèse. On dit que les actionnaires s'empresseraient de retirer leurs souscriptions s'ils connaissaient la nullité dont la société est entachée. Mais est-ce bien certain ? Voilà une société qui fait de brillantes affaires ; pour telle ou telle cause elle n'est pas valable et les actionnaires sont au courant de la situation. S'imagine-t-on par hasard qu'ils vont se retirer et abandonner de gaité de cœur les dividendes qu'ils touchaient jusqu'alors sous prétexte qu'ils sont sous le coup d'une nullité qui ne sera peut-être jamais invoquée ? Evidemment non : les actionnaires ne sont pas aussi sensibles qu'on veut bien le dire à cette menace de nullité. La question qui les intéresse avant tout est celle des dividendes : c'est presque uniquement à ce point de vue qu'ils se placeront pour savoir s'ils doivent rester dans la société ou céder leurs actions. Et dès lors, ils n'ont à s'en prendre

qu'à eux-mêmes s'ils sont trompés dans leurs prévisions et si plus tard la société fait de mauvaises affaires : en réalité, la faute commise par les administrateurs d'origine et par les fondateurs, n'est la cause ni des décisions qu'ils ont prises ni des pertes qu'ils ont subies.

Au surplus le système de la responsabilité absolue des fondateurs aboutirait à des conséquences véritablement inadmissibles. Supposons par exemple une société au capital de cent millions dont le quart a été régulièrement versé, sauf en ce qui concerne quelques actions. Les fondateurs ont organisé l'entreprise de telle manière qu'elle présente les plus grandes chances de succès et que pendant les premières années, elle réalise même des bénéfices considérables. Plus tard, un conseil d'administration dans lequel ne compte plus aucun des premiers organisateurs se lance dans des spéculations malheureuses et la société tombe en faillite avec un passif de plusieurs millions. Le syndic de la faillite découvre alors l'irrégularité qui a été commise à l'origine, lors de la constitution de la société ; il fait prononcer la nullité et en même temps il demande au tribunal de condamner les fondateurs au paiement intégral du passif social, y compris les versements effectués par les actionnaires. Avec le système de la responsabilité absolue cette demande devrait être admise. Mais il est permis de penser qu'on trouverait difficilement un tribunal pour consacrer de pareilles solutions.

Ces considérations ont provoqué un revirement dans la jurisprudence. Quelques jours après que la chambre des requêtes avait déclaré « que le préjudice résultant de la nullité est toujours et nécessairement égal aux fonds souscrits », ⁽¹⁾ la chambre civile décidait que « l'action en responsabilité intentée par les actionnaires doit être rejetée si la nullité n'a contribué en aucune façon à la ruine de la société » ⁽²⁾. Par cette décision la Chambre civile ne faisait d'ailleurs que confirmer une jurisprudence déjà ancienne, à laquelle l'arrêt du 18 mai 1885, risquait de porter un coup malheureux mais qui, depuis, a repris toute sa fermeté ⁽³⁾. D'ailleurs

(1) Req. 18 mai 1885, 1^o c^o.

(2) Cass. civ. 3 juin 1885 R. S. 85. 166.

(3) V. notamment Cass. 26 novembre 1892. R. S. 93-126 et les arrêts cités.

l'article 5 de la loi du 1^{er} août 1893 a eu pour but de consacrer législativement cette jurisprudence ; et l'on violerait ouvertement l'intention du législateur de cette époque si l'on interprétait les mots « responsables du dommage causé par l'annulation » en ce sens que ce dommage est toujours et nécessairement égal à la totalité des capitaux que les actionnaires perdent dans l'entreprise (1).

Mais ici se place une remarque importante, qui nous permettra d'expliquer certains arrêts que l'on critique peut-être à tort. Jusqu'à présent nous avons raisonné dans l'hypothèse où, à raison des circonstances de la cause, il a été impossible aux actionnaires d'établir que c'est l'ignorance de la nullité qui les a déterminés à souscrire. Mais s'ils prouvent que c'est à cette ignorance ou mieux encore à des manœuvres dolosives des fondateurs, qui, non contents de laisser subsister quelque nullité cachée ont encore circonvenu les souscripteurs, qu'il faut attribuer l'adhésion de ces derniers, il semble bien difficile de ne pas étendre la responsabilité à la totalité des capitaux perdus.

Nous remarquons tout à l'heure que le plus souvent les actionnaires se soucient assez peu qu'une société soit entachée de quelque vice constitutif pourvu qu'elle distribue d'abondants dividendes ; qu'ils ne sauraient donc reprocher aux organisateurs de les avoir déterminés à souscrire en ne leur révélant pas la nullité, puisque la connaissance qu'ils en auraient eue ne les aurait sans doute pas empêchés d'entrer dans une entreprise qui, malgré l'incertitude de son existence juridique promettait de brillants résultats commerciaux. Mais une telle argumentation est inadmissible lorsqu'il est démontré que c'est par leurs insistances, par leurs allégations mensongères, par leurs manœuvres dolosives que les fondateurs ont amené les souscripteurs à commanditer l'affaire. En somme il y a ici deux espèces de responsabilité : l'une, celle de l'article 42 de la loi de 1867, encourue par le seul fait que les fondateurs ont laissé subsister un vice constitutif qu'ils étaient à même d'effacer ; celle-là est toujours limitée au préjudice résultant de la nullité (2) ; l'autre, basée sur l'article 1382 du Code

(1) En ce sens. Vavasseur n° 849. — Pont n° 1308. — Lyon-Caen, op. cit. p. 591.

(2) Et encore faut-il remarquer avec soin que cette responsabilité ne s'étend pas toujours à tout le préjudice causé par la nullité. Comme toute peine civile ou criminelle, elle varie avec la culpabilité de celui qui la supporte et la situation

civil. Elle suppose que les actionnaires ne se bornent pas à cette allégation invraisemblable et toute gratuite que s'ils avaient connu la nullité ils n'auraient pas souscrit, bien que la société présentât toutes les probabilités de succès industriel ; *elle implique en outre que ces actionnaires établissent d'une manière positive que la cause déterminante de leur adhésion réside dans les assertions mensongères et les insinuations frauduleuses des fondateurs*, qui les ont trompés, non seulement sur la validité juridique de la société mais encore et surtout sur sa situation matérielle et sur ses chances de prospérité commerciale. Cette dernière responsabilité, elle est de la totalité des versements effectués par les actionnaires quand bien même la nullité serait parfaitement étrangère aux pertes subies par eux.

La distinction que nous venons d'établir juridiquement et rationnellement entre la responsabilité de l'article 42 basée uniquement sur la nullité, et celle qui dérive des manœuvres dolosives des fondateurs (1382 C. civ.), explique et justifie un arrêt de cassation du 23 décembre 1889 (1). La Cour suprême réforme une décision de la Cour d'Orléans qui rejetait une demande en responsabilité formée contre des fondateurs, parce que « la nullité de la société anonyme n'avait pas été la cause de sa ruine ». Ce considérant suffisait pour écarter l'article 42 de la loi de 1867. Mais comme les demandeurs arguaient en outre de l'article 1382 et des manœuvres dolosives qui les avaient amenés à souscrire, la Cour de cassation cassa l'arrêt « attendu qu'on n'y saurait trouver une réponse au second grief. » Aussi, depuis cette époque, les juges ont-ils soin d'envisager distinctement ces deux sources de responsabilité. Voici comment ils motivent leurs décisions : « Attendu que l'arrêt attaqué déclare non seulement que ces

du créancier qui s'en prévaut. C'est ainsi par exemple que le souscripteur qui adhère à la société en parfaite connaissance de cause, alors que ses organisateurs lui ont révélé quel vice constitutif l'entache, et quels dangers sont à craindre, ne saurait se prévaloir de l'article 42 contre les fondateurs. Leur responsabilité doit donc être appréciée *singulatim*, vis-à-vis de chaque actionnaire, comme aussi vis-à-vis de chaque obligataire. Cette remarque nous sera fort utile lorsque nous rechercherons quelles personnes peuvent intenter l'action en responsabilité dont s'agit.

(1) R. S. 90. 75.

fautes (vices de constitution, nullité) n'ont pas été la cause des pertes subies par les actionnaires . . . mais encore que les demandeurs n'ont pas établi que leur entrée dans la société ait été déterminée soit par l'ignorance où ils auraient été tenus des vices de la société, soit *par des manœuvres dolosives* qui les auraient décidés à donner le prix moyennant lequel ils ont acquis leurs actions . . . » ⁽¹⁾

II. — *Par qui et en quelle forme l'action en responsabilité doit être intentée.* — La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour diviser les actions en responsabilité intentées contre le personnel des sociétés par actions en deux groupes, d'après leur source. — Le premier comprend les actions dites sociales; elles naissent d'un fait qui lèse, non pas les associés individuellement, mais l'être moral société. Telle est l'action en responsabilité qu'elle intente contre les administrateurs, ses mandataires à raison d'une faute qu'ils commettent au cours de leur gestion. L'action sociale appartient à la société elle-même et est exercée par un mandataire de l'assemblée générale ou par le liquidateur. Elle tend à une indemnité qui sera versée dans la caisse sociale. Toutefois, en cas d'abstention du mandataire de la société, chaque actionnaire peut encore exercer cette action dans la mesure de son intérêt proportionnel et à la condition que l'émolument de la condamnation obtenue tombe dans la caisse sociale. Telle est du moins la solution assez étrange que consacre la jurisprudence. — Le second groupe comprend les actions dites individuelles. Elles existent quand le lien d'obligation s'est formé entre chaque actionnaire individuellement et une autre personne, et non pas entre celle-ci et l'être moral société.

Le type de l'action individuelle est celle qui appartient au souscripteur contre les fondateurs qui l'ont par dol déterminé à s'associer. Elle est ouverte à chaque actionnaire individuellement et la société ne peut en disposer.

A quel groupe appartient l'action en responsabilité que les actionnaires intentent contre les fondateurs, à raison de la nullité

(1) Cass. 9 novembre 1892. D. P. 93, I, 74.

d'une société constituée en violation de la loi de 1867 ? Est-ce une action sociale, est-une action individuelle ? Certains auteurs et, après quelques hésitations, la jurisprudence avec eux lui confèrent la première qualité ⁽¹⁾. La société, dit-on, a donné mandat aux fondateurs de la constituer régulièrement ; ils ont mal exécuté ce mandat puisqu'elle est entachée de nullité. La société est en droit d'exiger la réparation du préjudice que lui cause cette mauvaise exécution : c'est donc bien à la société qu'appartient l'action en responsabilité, c'est une action sociale. En conséquence elle est introduite par les administrateurs. Elle peut d'ailleurs être intentée par chaque actionnaire dans la proportion de son droit ⁽²⁾. Mais les associés n'ont ce pouvoir qu'à défaut ou sur le refus de la société ou de ses représentants légaux d'exercer cette action. Elle est éteinte *erga omnes* quand les administrateurs ou le liquidateur ont donné *quitus* aux fondateurs en faute. — La déclaration de faillite la fait tomber aux mains des syndics (article 443, Code de commerce) ; mais faute par eux de l'intenter, les actionnaires conservent en principe le droit de l'exercer de leur chef propre, en agissant *ut singuli* dans leur intérêt personnel ⁽³⁾. Mais une transaction intervenue entre les fondateurs et les syndics, mettrait fin, d'une façon absolue à cette action sociale ⁽⁴⁾.

Telles sont les décisions de la jurisprudence. Nous ne les discuterons pas en détail, car nous n'en admettons pas le point de départ. Nous croyons que l'action en responsabilité qui est visée par l'article 42 de la loi de 1867 est une action individuelle. On nous disait tout à l'heure que la société donne mandat aux fondateurs de la constituer. Cette proposition porte en elle-même sa réfutation. Comment ! la société qui n'existe pas encore donne mandat de la constituer ? Nous pensions pourtant que le mandat,

(1) Cass. 2 juillet 1873. D 74. 1. 49. — Cass. civ. 29 juillet 1889. *Revue des Sociétés*, 1889, p. 500. — Bourges, 2 mai 1889. *Revue des Sociétés* 1890, p. 15. — Req. 6 août 1894. *Annales de droit commercial*, 1894, p. 149.

(2) Paris, 6 mai 1885. D 1886, II 25.

(3) Req. 23 février 1885. *Revue des Sociétés* 85, p. 390. — Cass. civ. 29 juillet 1889, 1^o c^o. — Tribunal de commerce de la Seine, 26 janvier 1894. *Revue des Sociétés*, 1894, p. 256.

(4) Lyon, 12 mars 1885, (affaire de la banque de Lyon et de la Loire). *Revue critique*, 1885, p. 296.

comme tout autre contrat, suppose l'existence de deux êtres juridiques dont les volontés concourent. N'est-ce pas une absurdité que le néant qui donne un mandat ?

Sans doute une convention s'est formée ; mais elle intervient entre les fondateurs et chaque souscripteur individuellement et non pas entre eux et l'être moral société. Il n'y a pas, comme on le dit, de mandat social de constitution ; il n'y a que des mandats individuels. Au moment où la société se crée et tant que son organisme n'est pas mis en mouvement, les actionnaires ne forment pas une masse. En se portant souscripteurs, ils traitent chacun séparément avec les fondateurs, qui acceptent la mission de constituer régulièrement la société. Sa nullité démontre qu'ils ont mal exécuté leurs mandats ; chaque souscripteur, mandant, peut demander compte aux fondateurs, mandataires, de cette mauvaise exécution. La faute a été commise au regard de chaque souscripteur respectivement, avant même que la société existât ; comment peut-on donner aux mandataires de la C^{ie} l'action en responsabilité ? (1).

C'est donc une action individuelle. En conséquence les Assemblées générales, pas plus que les administrateurs ou les liquidateurs ne peuvent en disposer (2). De même, dans l'hypothèse d'une faillite, le syndic qui représente la société, être moral et non les actionnaires *ut singuli*, ne peut exercer cette action. Elle ne serait éteinte par aucune convention, de quelque nom qu'on la décore, intervenue entre lui et les fondateurs (3). L'action en responsabilité que prévoit l'article 42 de la loi de 1867 est, à sa naissance, une action individuelle et elle conserve ce caractère en dépit des événements (4).

A quelles conditions peut-elle être intentée ? Elle n'est pas recevable tant que la nullité n'a pas été prononcée (5). L'article 42

(1) Lyon-Caen et RENAULT, op. cit. § 789.

(2) Lyon, 8 mai 1884. D 84. II. 219.

(3) Lyon, 9 février 1883. D 83. II. 113, — Depuis cette époque, il s'est produit dans la jurisprudence un revirement qui a pour point de départ, un arrêt de la Cour de Lyon du 12 mars 1885, (v. plus haut, 1^o c^o).

(4) En ce sens. Thaller. Examen doctrinal. *Revue critique*, 1886.

(5) Amiens, 13 mars 1884, *Revue des Sociétés*, 1885, p. 87.

implique cette solution, car il suppose que la société est annulée au moment où les fondateurs sont poursuivis. « Lorsque la nullité aura été prononcée... les fondateurs sont responsables... » L'annulation est donc le préambule nécessaire de l'action en responsabilité. Ceci est de toute évidence lorsque le préjudice dont souffrent les actionnaires provient du fait même de l'annulation. Malgré le vice originaire, dont elle était entachée, la société prospérait; tant que les choses demeurent en cet état, les associés n'ont pas à se plaindre. C'est seulement l'annulation de la société qui, en tarissant la source d'où ils tiraient des bénéfices, lèse leurs intérêts et leur ouvre un recours contre les fondateurs. Mais, en présence des termes absolus du texte, il faut admettre que la nullité demeure le préambule de la responsabilité, alors même que, indépendamment de toute annulation, le vice originaire entrave le développement de l'entreprise. Les actions n'ont pas été libérées du quart; la pénurie des fonds de roulement détermine des pertes; le préjudice existe donc sans que la nullité soit prononcée. Les actionnaires ne pourront cependant agir contre les organisateurs que si, auparavant, une décision judiciaire annule la société. Le législateur ne veut pas que des actionnaires poursuivent les fondateurs à raison de vices considérés par la loi de 1867 comme nuisibles au crédit public et que pourtant l'organisme social qui est entaché de ces vices, dont une décision judiciaire proclame par conséquent l'illégalité dangereuse, continue à fonctionner. « La responsabilité et l'annulation, a dit en excellents termes la Cour de cassation (1), sont deux effets distincts mais *concomitants* d'une même cause ». Il serait contraire à la raison que les fondateurs soient condamnés comme responsables des irrégularités d'une société, tandis que cette société reconnue illégale et contraire à l'ordre public poursuivrait son exploitation.

L'esprit de la loi nous permet d'en limiter la portée. Il suffit qu'au moment où l'action en responsabilité est intentée contre les fondateurs, la société n'existe plus; peu importe la cause de sa mort. La déconfiture, la faillite ou une nullité antérieurement prononcée dispenserait les actionnaires qui agissent conformément

(1) Cass. 11 mai 1870. D. 70. I. 401.

à l'article 42 de faire annuler le contrat de souscription. Le législateur n'entend pas imposer aux plaideurs des procédures frustratoires ; ou du moins on ne doit pas lui supposer cette intention. — Dans cette dernière hypothèse il n'est besoin de mettre en cause que les fondateurs. Mais si la société existe encore au moment où ces derniers sont poursuivis, les actionnaires se trouvent dans la nécessité de requérir la nullité ; ils doivent alors faire intervenir aux débats les administrateurs, car la vie de l'être moral qu'ils représentent est en jeu.

La loi de 1893 fait naître en cette matière de nouvelles difficultés. Il est des cas où la nécessité de faire annuler la société anonyme avant de recourir contre les fondateurs à raison des vices constitutifs, n'est certainement plus imposée aux souscripteurs. L'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893 porte en effet que « l'action en responsabilité pour les faits dont la nullité résultait, cesse d'être recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister et en outre que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue ». *Ceci signifie donc qu'un recours peut être ouvert contre les fondateurs à une époque où il n'est plus possible de faire annuler la société*, car les vices qui l'entachent sont effacés. Par conséquent, dans ce cas au moins, l'annulation n'est plus le préambule obligatoire de l'action en responsabilité.

Mais que déciderons-nous dans l'hypothèse où ces deux *actions coexistent* ? Est-il encore vrai, sous l'empire de la loi de 1893 que la nullité doive nécessairement précéder la responsabilité ? Les travaux préparatoires sont muets à cet égard. Peut-être invoquera-t-on, pour soutenir que les actionnaires n'ont plus à requérir préalablement l'annulation, l'esprit général de la loi de 1893. C'est un esprit de réaction contre l'abus des nullités ; le législateur les voit avec défaveur puisqu'il restreint, sinon leur nombre, du moins le temps pendant lequel on les peut invoquer. L'interprète se conformerait à cette tendance en déclarant que les fondateurs peuvent être condamnés de *plano*, sans qu'auparavant la société ait été annulée. — Ces considérations ne nous paraissent pas décisives. La solution opposée était universellement adoptée sous le régime de 1867. La loi de 1893 y a dérogé dans un cas excep-

tionnel ; mais cette dérogation n'est pas expresse ; elle n'est que la conséquence, sans doute inaperçue, d'une disposition qui ne se réfère pas directement à la matière. La vérité est que le législateur de 1893 n'a pas songé à la règle qui exige l'annulation comme préambule de la responsabilité ; il ne l'a modifiée, dans une certaine hypothèse, que par accident, sans même s'en douter. Cette règle subsiste donc dans sa généralité.

SECTION II. — *Responsabilité des fondateurs vis-à-vis des tiers.*

On remarque, en parcourant les recueils de jurisprudence, que les divers cas dans lesquels les fondateurs ont engagé leur responsabilité vis-à-vis des tiers se classent en deux groupes. Tantôt ce sont des créanciers qui poursuivent l'exécution de contrats que les organisateurs d'une société anonyme ont passés avec eux pour les besoins de sa constitution : les fondateurs sont alors des débiteurs contractuels dont la situation est déterminée par les règles du droit commun. Tantôt les demandeurs sont des créanciers sociaux, généralement des obligataires, qui ont traité, non plus avec les fondateurs individuellement mais avec la société définitivement constituée, et qui se plaignent de la nullité dont elle est entachée : le recours qui leur appartient est régi par l'article 42 de la loi de 1867.

§ I. — *Responsabilité de droit commun.*

Lorsque des financiers ou des industriels projettent de former une société anonyme, ils étudient d'abord l'affaire ou la font étudier ; puis, si ces recherches ont un résultat favorable, ils organisent, pour réunir des souscriptions, une vaste publicité. L'exécution de ces études suppose l'achat d'un certain matériel d'expérimentation ; cette publicité ne se fait pas sans l'impression et la distribution de bulletins de souscription, de prospectus, d'affiches, sans la collaboration de banquiers, sans le secours d'un personnel nombreux. Des conventions interviennent entre ces manufacturiers, ces imprimeurs, ces banquiers et les fondateurs : ceux-ci sont-ils personnellement tenus des obligations qu'ont fait naître ces conventions ?

Il est évident que, si la société ne se constitue pas, les fonda-

teurs ne sauraient prétendre qu'ils ont agi comme mandataires d'un être qui n'a jamais existé. Ils ont contracté en leur nom personnel et sont personnellement responsables ⁽¹⁾.

Mais si la société, régulièrement organisée, ratifie les opérations des fondateurs, ses gérants d'affaires, elle les fait siennes et engage sa responsabilité. Est-ce à dire pourtant que ce recours éteigne celui qui existait au profit des tiers contre les organisateurs ? Ceci est avant tout une question d'intention ; il faudra rechercher quelle a été, en fait, la volonté des contractants. Les tiers ont-ils entendu, au moment où ils traitaient avec les fondateurs, que si l'être moral ratifiait la convention, ceux-ci seraient libérés de toute obligation ? Mais, en l'absence de toute clause contraire, les tiers auraient le choix entre l'un ou l'autre recours, car la ratification, acte unilatéral, n'a pu les priver d'aucun droit. Toutefois, s'ils poursuivaient d'abord la société, ils reconnaîtraient par là même que les fondateurs n'ont été que ses gérants d'affaires, et ne seraient plus fondés à soutenir qu'ils sont personnellement obligés.

Aucun texte ne consacre expressément ces solutions que nous avons tirées des principes généraux de notre droit. Il n'en est pas de même dans les législations étrangères. Plusieurs contiennent des dispositions expresses à cet égard. C'est ainsi que l'article 244 de la loi allemande du 18 juillet 1884 dit : « Avant la complète transcription sur le registre du commerce, la société anonyme n'existe pas comme telle ; et si avant cette transcription on a agi au nom de la société, ceux qui ont fait de pareilles opérations sont responsables personnellement et solidairement. » ⁽²⁾ L'article 54 de la loi belge, s'exprime à peu près dans les mêmes termes. L'article 653 du Code fédéral dispose : « La société anonyme n'acquiert la personnalité civile que par l'inscription sur le registre du commerce ; ceux qui ont agi au nom de la société avant que l'inscription ait été opérée, sont personnellement et solidairement responsables ». — Faut-il regretter qu'il n'y ait pas dans notre loi un texte analogue ? Nous ne le pensons pas,

(1) DELOISON ; article paru dans la *Gazette des Tribunaux* du 11 février 1884.

(2) MARINESCO ; thèse pour le doctorat, p. 338.

car il nous semble que sur ce point les principes généraux suffisent.

§ II. — *Responsabilité édictée par l'article 42 de la loi de 1867.*

I. — *Base juridique. — Etendue.* — Il n'y a pas de contrat de mandat entre les créanciers sociaux et les fondateurs ; la responsabilité des seconds vis-à-vis des premiers n'est donc pas contractuelle, elle est délictuelle. Ceux qui organisent une société anonyme irrégulière créent une institution dangereuse pour le public ; ils commettent un fait illicite de nature à préjudicier aux tiers qui traitent avec la société. Le législateur impose, à ceux qui entreprennent de la constituer, l'obligation de veiller à l'observation des formalités légales. S'ils violent ce devoir, les fondateurs commettent une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, qui engage leur responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux. En l'édictant, l'article 42 de la loi de 1867 ne fait donc que consacrer les principes généraux ; mais, en outre, il y apporte certaines dérogations. La responsabilité des fondateurs au regard des créanciers n'est pas plus la responsabilité délictuelle de droit commun, que leur responsabilité au regard des actionnaires n'est la responsabilité contractuelle ordinaire. Ici encore, par une présomption qui mérite d'être approuvée, car elle est presque toujours d'accord avec la réalité, la loi impute solidairement à faute, aux fondateurs, la nullité de la société dont ils ont dirigé la constitution. Si l'on s'en tenait à l'article 1382, les créanciers devraient établir que la nullité dont ils souffrent est imputable aux organisateurs. Point n'est besoin de cette preuve : ceux-ci sont présumés responsables. — Il est intéressant de comparer cette situation à celle déjà étudiée des fondateurs vis-à-vis des actionnaires. Tenus au regard des associés d'une obligation contractuelle, les organisateurs de la société ne peuvent se libérer qu'en prouvant le cas fortuit ; l'article 42 ne contient donc sur ce point qu'une application du droit commun en matière de contrats ; il n'y a pas intervention du fardeau de la preuve. Ici, au contraire, les créanciers qui invoquent une obligation délictuelle devraient en établir

l'existence ; par dérogation aux principes généraux, l'art. 42 tient cette preuve pour faite.

Au regard des tiers comme des actionnaires la responsabilité de l'article 42 est obligatoire et solidaire. Nous ne reprendrons pas les développements que nous avons déjà donnés sur ce double caractère. Il conviendrait d'admettre ici des tempéraments d'équité analogues à ceux que nous justifions tout à l'heure. Notamment, les organisateurs s'exonéreraient de toute responsabilité en démontrant qu'aucune faute ne leur est imputable, qu'ils se sont trouvés dans l'impossibilité radicale de connaître les vices constitutifs dont leurs collègues ont dissimulé frauduleusement l'existence. De même, le quantum des dommages intérêts serait proportionné aux torts respectifs des tiers lésés et des fondateurs et la condamnation solidaire encourue par ces derniers se répartirait entre eux au prorata de leurs fautes individuelles.

Telle est la nature juridique de la responsabilité que nous étudions. Quelle en est l'étendue ? Avant la loi de 1893 on discutait beaucoup sur cette question. La jurisprudence était fixée en ce sens que les fondateurs sont, en cas de nullité, solidairement responsables envers les tiers de tout le passif social ⁽¹⁾. Une société a été constituée sans que le versement exigé par la loi ait été effectué ; il ne l'a été que quelques jours après. La société a fonctionné ; plus tard, à la suite de spéculations malheureuses elle est tombée en faillite. Quel rapport y-a-t-il entre la nullité et la ruine sociale ? aucun. Cependant les créanciers feront prononcer la nullité et les fondateurs seront solidairement responsables de tout le passif. . . . Cette jurisprudence consacrait une dérogation au droit commun d'après lequel on n'est responsable que des conséquences de ses fautes, et elle eût dû, pour être admise, reposer sur un texte plus précis que ne l'était l'ancien article 42. Il était d'autant plus illogique de rendre les organisateurs d'une société anonyme responsables solidairement de tout le passif social en cas de nullité que, dans une hypothèse analogue, l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 portait que les membres du premier conseil de surveillance d'une société en commandite pour-

(1) VAVASSEUR. Op. cit. n° 847.

raient être déclarés responsables avec le gérant, du dommage résultant de l'annulation de cette société ; c'était appliquer à la matière les règles du droit commun. Or l'on n'aperçoit pas bien la raison de traiter différemment, dans une circonstance identique, les fondateurs d'une société anonyme et les membres du conseil de surveillance. — On comprendra mieux encore combien cette jurisprudence était illogique si l'on songe que, vis-à-vis des actionnaires, elle déclarait les fondateurs responsables seulement du préjudice causé par la nullité (1).

Ce système rencontra dans la doctrine une vive opposition (2). Aussi l'article 41 du projet de loi voté par le Sénat en 1884 limitait-il la responsabilité des fondateurs au regard des tiers, au dommage résultant de l'annulation. En 1889 le Congrès international des sociétés par actions émettait un vœu dans le même sens (3). La loi de 1893 satisfait à ces réclamations. Aux termes de son article 5 « les fondateurs. . . sont responsables solidairement envers les tiers... du dommage résultant de l'annulation ».

Mais comment fixer le quantum de ce dommage ? Ici encore on a soutenu qu'il était toujours et nécessairement égal à la totalité du passif social, parce que si les créanciers avaient connu la nullité, ils n'auraient pas traité avec la société et n'auraient pas souffert de son effondrement. Nous ne nous attarderons pas à réfuter cette opinion dont nous avons déjà démontré l'inexactitude. Les fondateurs ne répondent que des conséquences directes et immédiates de leur faute. D'ailleurs en les déclarant nécessairement responsables de tout le passif de la société, les magistrats violeraient la volonté formelle du législateur de 1893.

Il est pourtant des circonstances où ces fondateurs pourraient être condamnés à rembourser aux tiers le montant intégral de leurs créances, bien que la ruine sociale n'ait pas été provoquée par la nullité. Il en serait ainsi, d'abord, s'il était établi que les tiers n'ont fait des avances à la société qu'à la suite des manœuvres do-

(1) Voir plus haut section I § II.

(2) VAVASSEUR, *Traité des Sociétés*, n° 846.

(3) *Congrès international des Sociétés par actions 1889*, p. 129. « Lorsque les formalités prévues par l'article 7 n'auront pas été accomplies, les fondateurs seront passibles de peines et tenus à la réparation de préjudice qui serait une suite directe de l'inaccomplissement des formalités ».

losives de ses organisateurs qui, non contents de laisser subsister quelque vice constitutif sans influence d'ailleurs sur la prospérité industrielle de l'entreprise, auraient encore circonvenu les obligataires ⁽¹⁾ La même solution s'imposerait si les fondateurs ou administrateurs d'une société anonyme nulle, dissimulaient aux tiers leur situation de représentants d'une société anonyme et traitaient avec le public en leur nom propre. Il est en effet reconnu que les membres d'une société nulle et dégénérée en association de fait sont tenus des engagements sociaux comme s'ils avaient la qualité d'associés en nom collectif, lorsqu'en les contractant ils ont laissé supposer qu'ils agissaient en cette dernière qualité. Mais si les tiers savaient à quoi s'en tenir sur le rôle des fondateurs et administrateurs avec lesquels ils entraient en relation, ils ne seraient pas fondés à arguer de leur ignorance pour faire peser sur ceux-ci une responsabilité *in infinitum* ⁽²⁾.

Telle est l'œuvre de la loi de 1893: en principe, lorsqu'une société anonyme est annulée, ses fondateurs ne sont plus responsables que du préjudice qui résulte de la nullité; auparavant ils l'étaient de tout le passif social. — Quelle est, dans le temps la portée de cette réforme? La loi de 1893 s'applique-t-elle aux sociétés constituées irrégulièrement avant sa publication? Plusieurs difficultés se sont élevées à cet égard, tant en matière commerciale qu'en matière civile.

En matière commerciale on ne comprend pas tout d'abord comment le doute a pu surgir puisque l'art. 7 al. 3 de la loi précitée déclare expressément qu'elle rétroagit, qu'elle s'applique indistinctement à toutes les sociétés anonymes commerciales, quelle que soit la date de leur naissance. Mais la jurisprudence est tenace et routinière. Comme s'ils étaient mécontents que le législateur vint, en limitant la responsabilité des fondateurs au préjudice causé

(1) V. Supra. Section I § II. I. *in fine*.

(2) Nous déterminons au texte la portée exacte d'une idée juste, mais dont la jurisprudence faisait avant 1893 un usage très abusif. Elle décidait que si la société est annulée les fondateurs et administrateurs doivent être considérés comme des associés en nom collectif, tenus de tout le passif social, et cela quand bien même les tiers avec lesquels ils avaient traité auraient su de la manière la plus formelle qu'ils agissaient uniquement comme représentants d'une société anonyme. D. P. 91. I. 77.

par la nullité, ratifier l'interprétation que la doctrine donnait de l'ancien article 42 et réformer une jurisprudence inique, les magistrats ont essayé de retarder l'application d'une réforme qui consacrait en quelque sorte leur défaite. C'est ainsi que la Cour de Lyon (1) a décidé que « la loi nouvelle n'ayant pas reçu un caractère interprétatif n'est pas rétroactive à ce titre », et que la volonté rétroactive manifestée formellement par le législateur est impuissante et inefficace, si l'action en responsabilité a été intentée antérieurement à la loi nouvelle. Pourquoi refuser de l'appliquer aux instances pendantes à la date du 1^{er} août 1893 ? C'est ce qu'un arrêt de la Cour de Douai (2) va nous apprendre ; attendu, y lisons-nous, qu'à partir du moment où l'action en responsabilité a été intentée, il y a droit acquis pour les tiers . . . « que leur droit ayant été mis en mouvement se trouve à ce moment fixé. » A vrai dire ce raisonnement porte en lui-même sa réfutation, et il n'est pas possible d'émettre une proposition dont les deux termes soient plus contradictoires. Si le droit des tiers est en mouvement, il n'est pas fixé. Une simple demande judiciaire constituerait un droit acquis ? En vérité c'est trop oublier les savantes dissertations des vieux maîtres, des Touiller et des Duvergier sur les droits acquis et les expectatives. Combien plus juridique la doctrine d'un jugement du tribunal de commerce de la Seine (3) qui déclare que le texte nouveau ne modifie pas l'ancien, que la loi nouvelle ayant un caractère interprétatif rétroagit comme toutes les lois de ce genre et qu'à ce titre il n'était même pas besoin d'un texte formel pour consacrer sa pleine et entière rétroactivité. Aussi la Cour de Cassation elle-même a-t-elle décidé que « la loi du 1^{er} août 1893 qui, en cas de nullité de la société réduit la responsabilité des fondateurs et premiers administrateurs envers les tiers au montant du dommage causé par la nullité, est applicable à toutes les sociétés constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet

(1) Lyon 14 Juin 1895. *Revue des Sociétés*. 95 p. 554.

(2) Douai 3 Juillet 1895. *Revue des Sociétés*. 95 p. 501.

(3) Tribunal de commerce de la Seine. 24 Avril 1895. *Revue des Sociétés*, 1895, p. 501.

1867, alors même que l'instance en nullité aurait été introduite avant la loi de 1893. » (1)

En matière civile voici comment la question s'est posée. Quoique cette solution fût vivement controversée, la jurisprudence admettait généralement, sous l'empire de la loi de 1867, que les sociétés civiles à forme anonyme échappaient à l'application de ce texte : et par conséquent que leurs organisateurs encouraient la responsabilité de l'article 1382 du Code civil, mais non celle de l'article 42 de la loi de 1867. En principe cette responsabilité n'était donc pas solidaire (2). — Le nouvel article 68 rédigé en 1893, soumet au contraire toutes les sociétés anonymes, quel que soit leur objet, au même régime et déclare tous les fondateurs *solidairement* responsables du préjudice causé par la nullité. Lors donc qu'une société civile anonyme formée antérieurement à 1893 est annulée, y a-t-il lieu de déclarer ses organisateurs *solidairement* responsables ? En d'autres termes l'article 68 a-t-il un effet rétroactif ? La négative ressort nettement des travaux préparatoires. Le projet de loi tel qu'il avait été adopté par la Chambre des députés consacrait expressément cette rétroactivité ; mais le paragraphe contenant cette disposition fut supprimé avec raison par le Sénat (3). — Aussi la Cour de Cassation a-t-elle décidé que « dans les sociétés civiles anonymes constituées avant la loi du 1^{er} août 1893, la responsabilité des fondateurs n'est pas régie par l'article 42 de la loi de 1867, spécial aux sociétés commerciales, mais par le droit commun . . . qu'en conséquence cette responsabilité n'est pas solidaire. » (4)

(1) Cass. 17 février 1896. *Revue des Sociétés*, 96, p. 151. — Il est remarquable d'ailleurs que l'arrêt précité s'appuie beaucoup plus sur la généralité des termes de l'article 7 de la loi de 1893 que sur le caractère interprétatif du nouvel article 42 ; aussi bien, étant donné son ancienne jurisprudence, la Cour de cassation était-elle gênée pour reconnaître à ce dernier texte un caractère interprétatif.

(2) En ce sens : Tribunal civil, Lille, 15 Juin 1885. *Journal des Sociétés*, 85, 552. — Orléans, 28 Juillet 1887. *Journal des Sociétés*, 88, 173. — Contra. Req. 19 Juillet 1888, S. 91, 59.

(3) LYON-CAEN et RENAULT. Commentaire de la loi du 1^{er} août 1893, n° 63.

(4) Cass. Civ. 21 octobre 1895. *Journal des Sociétés*, 96, 13.

II. — *Par qui et en quelle forme l'action en responsabilité doit être intentée* ⁽¹⁾. — La situation dans laquelle se trouve la société a sur la solution de cette question une grande influence. Il y a lieu de distinguer suivant que la société est *in bonis* ou qu'elle a été déclarée en faillite.

Dans le premier cas, chaque créancier dispose librement du recours direct qui lui est ouvert contre les fondateurs.

Mais il peut exister aussi, au profit des actionnaires, une action en responsabilité. Les créanciers sociaux pourront-ils, en invoquant l'article 1166 du Code civil, exercer cette action oblique ? Pour nous qui n'avons reconnu que l'existence de recours individuels au profit de chaque associé personnellement, et refusé tout droit à l'être moral société, la réponse négative n'est pas douteuse. Les créanciers sociaux n'ont pas la faculté d'exercer un droit qui n'appartient pas à leur débiteur, la société ; ils ne sauraient non plus se prévaloir, à l'encontre des associés, de l'article 1166, car ceux-ci *ut singuli* ne sont pas leurs débiteurs. — Mais la jurisprudence qui considère comme une action sociale celle que l'article 42 octroie aux actionnaires contre les fondateurs doit, logiquement, en accorder l'exercice aux créanciers, conformément à l'article 1166.

Si la société est en faillite, il faut encore distinguer selon que les tiers prétendent intenter l'action oblique de l'article 1166 ou agir directement.

Après comme avant la faillite, nous ne croyons pas que les créanciers sociaux soient fondés à arguer de l'article 1166. Le raisonnement que nous formulions tout à l'heure garde toute sa valeur. — La jurisprudence, au contraire, attribue l'action en responsabilité au syndic et reconnaît même qu'il a, pour l'introduire, une double qualité ⁽²⁾ : il représente à la fois la société au nom de laquelle il agit directement et la masse des créanciers qui peuvent exercer les actions de leur débiteur (art. 1166 Code civil).

Mais quelle est l'influence de la déclaration de faillite sur l'action

(1) Pour l'examen des conditions de recevabilité auxquelles est subordonné l'exercice de cette action, voir le § II de la section I du présent chapitre. L'annulation demeure le préambule de la responsabilité.

(2) Chambéry, 26 mars 1875. *Le Droit*, 22 mai 1875.

directe en responsabilité (art. 1382 Code civil) qui, normalement, appartient à chaque créancier personnellement ? ⁽¹⁾ Chacun conserve-t-il le droit de l'intenter, ou bien tous ces recours tombent-ils entre les mains du syndic qui les fera tous valoir dans une seule et même instance ? — Dès le jour où elle se posa, la question fut très controversée. Après quelques hésitations, la jurisprudence ⁽²⁾ se rangea à un système d'après lequel la faillite déclarée confère le droit d'agir contre les fondateurs au seul syndic, à l'exclusion de tout créancier. Attendu, dit un arrêt typique ⁽³⁾ qui résume cette opinion « que si l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 permet à chaque créancier d'intenter individuellement une action contre les administrateurs (il en est évidemment de même des fondateurs) de la société, cet article n'a pas fait exception au droit commun en matière de faillite ; qu'en cas de faillite les créanciers se trouvent dessaisis, par les articles 443 et 532 du Code de commerce, de toute action individuelle intéressant la masse ; que le syndic représente seul cette masse et a seul qualité pour exercer les actions qui la concernent, que s'il en eût été autrement, la contrariété des décisions judiciaires et les conflits des créanciers auraient rendu périlleuses et parfois même impossibles toute direction et toute administration de la faillite.... ».

Parmi ceux-là même qui, avec la jurisprudence, considéraient les fondateurs comme tenus vis-à-vis des tiers de tout le passif social, qui par suite pensaient que tous les créanciers ont un intérêt égal à intenter l'action directe en responsabilité, qu'elle intéresse la masse des créanciers, il en était qui protestaient néanmoins contre l'attribution de ce recours au syndic. « La loi, dit M. Labbé ⁽⁴⁾, n'exprime nulle part que toute action contre une personne quelconque (un fondateur par exemple), une personne autre que le failli, par cela seul qu'elle répond à l'intérêt collectif, universel, des créanciers de la faillite, entre dans les attributions des syndics. Elle dit encore moins que l'exercice d'une semblable

(1) Cass. 23 février 1870, D. 71. I. 229.

(2) Aix, 4 juillet 1883. *Revue des Sociétés*, 83, p. 608 et notes.

(3) Orléans, 20 mars 1884. *Revue des Sociétés*, 1885, p. 210.

(4) Note sous Sirey, 1879. I. 97.

action soit modifié, retiré à l'initiative individuelle par l'état de faillite ».

Mais l'objection capitale contre laquelle se heurtait l'opinion de la jurisprudence était formulée par ceux qui estimaient que la responsabilité édictée par l'article 42 se limite au préjudice causé et qu'il convient d'apprécier le dommage dont chaque créancier souffre personnellement par la faute des fondateurs. Lorsque les créanciers ont à faire valoir un droit qui leur appartient à tous indistinctement, lorsqu'ils sont tous intéressés *ut universi*, nous voulons bien reconnaître que le syndic, leur mandataire légal, a seul le droit d'intenter l'action au nom de la masse. Mais il ne saurait agir dans l'intérêt des créanciers de la faillite, lorsque chacun a des intérêts distincts, des droits qui peuvent différer, lorsqu'il s'agit d'un dommage qui ne peut être apprécié et évalué pour chacun des demandeurs que d'après la situation particulière où il s'est trouvé et que n'a partagée peut-être aucun autre obligataire. Si une somme quelconque venait à être allouée au syndic agissant au nom de la masse des créanciers à titre de dommages-intérêts, il lui serait impossible d'en opérer la répartition selon les droits de chacun sans recourir à de nouveaux débats. Dès lors, c'est à chaque créancier individuellement et non au syndic qu'il appartient d'exercer les actions auxquelles chacun peut avoir droit (1).

A cette argumentation, la Cour de cassation répondait que, quelles que soient les circonstances de fait, les conséquences de la nullité, les *fondateurs sont toujours et nécessairement responsables de la totalité du passif social vis-à-vis des créanciers* ; que la masse est intéressée tout entière, car on ne conçoit pas un créancier, même non connu, envers lequel les organisateurs ne soient pas tenus ; que la question de la répartition ne se posera même pas, car l'indemnité à laquelle les fondateurs seront condamnés, suffira pour désintéresser tous les créanciers ; que le syndic représentant de la masse a donc seul qualité pour agir.

Cette opinion, fort soutenable sous le régime de la loi de 1867,

(1) Cass. civ., 21 décembre 1875. D. 77. I. 175. — Toulouse, 26 décembre 1876. D. 77. I. 175.

ne l'est plus aujourd'hui. La loi du 1^{er} août 1893 décide en effet (art. 5) que la responsabilité des fondateurs vis-à-vis des tiers est limitée au préjudice causé. Il convient donc de rechercher le dommage dont chacun souffre personnellement. Nous disions tout à l'heure que la responsabilité édictée par l'article 42 varie d'après les circonstances de fait et par suite qu'elle n'est pas la même vis-à-vis de tous les tiers indistinctement. De trois créanciers qui ne peuvent se faire payer par la société, l'un, qui a traité dans l'ignorance d'une nullité préjudiciable qu'il ne pouvait connaître, obtiendra des fondateurs le remboursement intégral de sa créance ; l'autre qui, dans une certaine mesure est coupable d'imprudence, ne recevra qu'un paiement partiel ; le troisième enfin qui, au moment où il avançait des capitaux à la société, savait de quel vice constitutif elle était entachée, sera purement et simplement débouté de sa demande en dommages-intérêts. Il est nécessaire, pour que le juge tienne compte de toutes ces nuances, variables à l'infini, que chaque créancier exerce individuellement le recours qui lui est ouvert. Le syndic ne peut agir au nom de la masse.

Il serait puéril de nier qu'au point de vue pratique cette solution présente certains inconvénients ; qu'en attribuant au syndic l'exercice des actions en responsabilité contre les fondateurs, on éviterait la multiplicité des instances et on donnerait plus d'unité à l'administration de la faillite. Ce sont là des considérations législatives dont nous ne trouvons pas trace dans la discussion de la loi de 1893, sans doute parce que ses auteurs n'apercevaient pas cette conséquence de la réforme qu'ils réalisaient ; ils ne prévoyaient pas que la rédaction du nouvel article 5 serait de nature à modifier la forme en laquelle est intentée l'action en responsabilité édictée par l'article 42, à transporter cette action des mains du syndic entre celles des créanciers. Mais, de ce que cette solution n'a pas été prévue par le législateur de 1893, résulte-t-il qu'il faille la rejeter, alors qu'elle n'est qu'une conséquence juridiquement établie des principes nouveaux qu'il a consacrés ?

Titre second

Responsabilité pénale des fondateurs des sociétés anonymes.

Les dispositions répressives qui peuvent atteindre les fonda-

teurs de sociétés anonymes au cours de leurs fonctions sont édictées tant par le Code pénal que par des lois spéciales.

Il n'en fut pas toujours ainsi. Sous l'empire du Code de commerce cette dualité de législation n'existait pas : on ne pouvait atteindre les fraudes commises dans la constitution des sociétés par actions qu'en faisant appel au Code pénal. Depuis cette époque, toutes les lois sur les sociétés anonymes ont organisé des pénalités spéciales. Ce système a rencontré des adversaires qui s'élèvent avec violence contre son excessive sévérité. Dans la discussion de la loi de 1863, M. de Kervéguen disait : « La loi qui vous est proposée procède par la menace, les pénalités qui seront nécessairement fatales aux fondateurs qui acceptent le rude et compromettant mandat des actionnaires. En un mot votre loi procède d'un principe général et persistant de méfiance. Je voudrais, Messieurs, qu'on voulût bien essayer de marcher dans une voie diamétralement opposée, et que je préfère beaucoup, celle de la confiance » (1). L'expérience a montré où mène cette voie. On ne conteste plus guère aujourd'hui la nécessité de prévoir et de punir par des textes spéciaux les infractions que peuvent commettre les organisateurs de sociétés anonymes. L'impuissance du Code pénal en pareille matière est d'ailleurs facile à comprendre. La constitution de sociétés par actions a donné lieu à des combinaisons entièrement nouvelles, à des duperies jusqu'alors ignorées. que, fatalement, le droit commun ne suffisait pas à prévenir ou à réprimer. Et ceci est surtout vrai lorsqu'il s'agit de dispositions pénales qu'il faut interpréter restrictivement. Il y avait là un état de choses nouveau, un mal inconnu jusqu'alors qui provoquait une réglementation nouvelle (2).

SECTION I. — *Pénalités spéciales édictées par la loi
du 24 juillet 1867.*

Nous examinerons dans autant de paragraphes, les diverses infractions que prévoit et punit cette loi.

(1) *Moniteur Universel*, 1863, p. 708.

(2) MATHIEU et BOURGUIGNAT. *Commentaire de la loi sur les Sociétés*. Préface, p. 29.

§ I. — *Emission irrégulière d'actions* (Art. 13).

« L'émission d'actions d'une société constituée en violation des articles 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de 500 à 10,000 francs. » Tel est le paragraphe 1^{er} de l'article 13.

L'émission consiste dans « la délivrance de titres présentant la société comme légalement constituée » (1). C'est, en d'autres termes, la remise matérielle aux souscripteurs de titres définitifs, négociables par les modes du droit commercial. La délivrance de certificats ou récépissés provisoires ne constituerait donc pas le délit de l'article 13 (2). Cette solution est évidente lorsque ces certificats ne sont pas négociables, car ils ne sauraient fournir matière à spéculation ; mais alors même qu'ils le seraient, s'ils ne sont que provisoires, c'est-à-dire s'ils sont destinés à être échangés dans un bref délai contre d'autres titres, l'article 13 n'atteindrait pas ceux qui les ont émis. La loi pénale est de droit très étroit, et l'article 13 ne vise que les actions, c'est-à-dire des titres définitifs (3).

Il n'est pas douteux que ce texte soit applicable aux fondateurs, s'ils émettent des actions postérieurement à la constitution de la société. Mais il en sera rarement ainsi. Une société anonyme n'est en effet constituée qu'à partir du moment où les administrateurs nommés par l'Assemblée générale ont accepté leurs fonctions. Or, à cette époque, le soin de procéder à l'émission leur incombe ; le rôle des fondateurs a pris fin. En fait pourtant il arrive souvent que ceux-ci participent à cette opération, soit qu'ils aient été nommés administrateurs, soit que ceux auxquels appartient cette qualité se les adjoignent à titre de collaborateurs.

Mais il arrive plus souvent encore que les fondateurs émettent des actions avant que la société soit constituée. Ces agissements tombent-ils sous le coup de l'article 13 ? En d'autres termes, la constitution de la société est-elle un élément essentiel du délit ? — C'est par exemple le capital social, qui n'est pas intégralement souscrit ou la quotité légale qui n'est pas versée. La société ne se

(1) Paris 19 mars 1883, *Revue des Sociétés*, 83, p. 289.

(2) Pont. op. cit. II, p. 380.

(3) Vavasseur, op. cit. § 715 ter, *in fine*.

constitue point afin de ne pas se mettre en opposition avec l'article 1^{er} de la loi de 1867. Pourtant des actions sont émises. Nous pouvons même supposer qu'elles le sont au-dessous du taux légal ou en la forme au porteur. Les fondateurs commettent-ils le délit prévu par l'article 13 ? Des auteurs (1) l'ont nié. Cette émission, disent-ils, est antérieure à la constitution de la société ; or le texte ne punit que « l'émission des actions d'une société *constituée* contrairement ... » ; la loi pénale n'est pas extensible.

Les résultats auxquels aboutissent les partisans de cette opinion sont évidemment contraires à l'esprit de la loi. Elle se propose de punir ceux qui lancent dans le public des titres dangereux parce qu'ils n'ont pas un cours stable, de réfréner les spéculations et les agiotages auxquels se prêtent merveilleusement les valeurs aléatoires, dont-il est impossible de prévoir l'avenir. Or, ont-elles un caractère sérieux, offrent-elles quelque sécurité aux acquéreurs les actions d'une société qui n'existe même pas ? — On répond que ces actions ainsi lancées dans le public ne pourront être un élément bien actif de spéculation. Elles ne sauraient mentionner la constitution à peine de faux, et révéleront ainsi l'existence précaire de la société dont elles dépendent. Cette observation est fondée sur une pratique assez générale qui consiste à indiquer sur les titres le jour où la société a été constituée. Depuis 1893, cette remarque est exacte pour les actions d'apport. Mais, sur les actions de capital, une mention de cette nature est purement facultative ; aucun texte ne l'impose. Les tiers ne sont donc pas nécessairement avertis du caractère précaire que présentent les actions émises par la société avant sa constitution. Elles n'en portent pas la date ; mais cette absence ne leur est pas spéciale. Cette date peut ne pas figurer sur les titres émis par une société, alors même qu'elle est régulièrement constituée lors de l'émission. Les tiers n'ont donc pas à leur disposition un moyen certain pour distinguer les deux sortes d'actions. — Seraient-ils d'ailleurs à même de faire cette distinction, que cette faculté n'empêcherait pas les spéculations.

(1) Vavasseur, op. cit. I. p. 526. — Orléans, 28 avril 1887. *Revue des Sociétés*, 88, p. 34.

Il faut donc reconnaître qu'il n'existe aucun motif rationnel pour refuser d'appliquer l'article 13, aux fondateurs qui émettent des actions avant que la société soit constituée. Ici donc, comme bien d'autres fois d'ailleurs, il semble qu'il y ait une antinomie irréductible entre la lettre qui tue et l'esprit qui vivifie. Mais ce texte que les principes d'interprétation de la loi pénale nous force à suivre si servilement, trop servilement peut-être, ce texte lui-même est-il aussi étroit qu'on veut bien le dire ? Nous croyons au contraire qu'il permet de punir les émissions irrégulières faites avant que la société soit constituée.

Des auteurs, tout en refusant d'admettre une solution aussi absolue, font des distinctions : tantôt la constitution de la société serait un élément nécessaire du délit prévu par l'article 13 ; tantôt ce délit existerait avant même que celle-ci soit née. Ces auteurs remarquent que, parmi les prescriptions des articles 1, 2, 3 auxquels renvoie le texte précité, il en est de constitutives dont la violation entraîne la nullité, d'autres dont l'inobservation n'a pas un tel effet. Une société anonyme s'est-elle formée sans que le versement exigé par la loi soit effectué ; ou bien encore les statuts portent-ils que les actions seront émises au-dessous du taux légal ou qu'elles seront au porteur avant leur entière libération ; cette société est nulle ; les prescriptions violées sont constitutives. Au contraire lorsqu'en fait, sans que ces agissements soient d'ailleurs autorisés par le pacte social parfaitement régulier, les actions sont émises au-dessous du taux légal ou trop tôt au porteur, ces irrégularités n'entraînent pas l'annulation ; elles ne sont pas constitutives. — Dès lors si, avant la formation d'une société, les fondateurs font une émission qui viole les premières de ces formalités, les auteurs précités reconnaissent avec les partisans de la première opinion qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 13. Mais si, avant que la société existe légalement et malgré ses statuts, les fondateurs émettent des titres au-dessous du taux légal ou trop tôt au porteur, c'est-à-dire s'ils font une émission contrairement aux prescriptions de notre second groupe, ces auteurs les frappent de l'article 13. Et cela parce que ce texte, lorsqu'il exige que la société soit constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3 ne vise et ne saurait viser que celles de ces formalités qui,

sanctionnées par la nullité sont constitutives ; qu'il est nécessairement étranger à celles qui ne comportent pas cette sanction. S'il en était autrement, l'article 13 ne punirait jamais l'émission faite contrairement à ces dernières dispositions : *car, même après la constitution d'une société il est impossible de dire qu'elle est « constituée contrairement aux prescriptions, etc... » alors que les formalités inobservées ne sont pas sanctionnées par la nullité, ne sont pas constitutives.* — En résumé, les fondateurs qui émettent irrégulièrement des actions avant que la société soit constituée, tombent ou ne tombent pas sous le coup de l'article 13 selon que l'irrégularité qu'ils ont commise dans cette émission n'est pas ou est constitutive.

Cette opinion est celle des auteurs dont nous avons commenté le raisonnement ⁽¹⁾ : mais ils ne vont pas plus loin. En sorte qu'ils aboutissent à ce résultat inique, que si les fondateurs ont pendant la période d'organisation, fait une émission qui ne rend pas la société nulle, ils sont atteints par l'article 13, tandis que si l'irrégularité de cette opération est assez considérable pour entraîner la nullité, l'impunité leur est assurée. On avouera que la sanction n'est pas proportionnée à la gravité de la faute puisque la plus lourde est la moins punie.

Aussi croyons-nous que le texte litigieux frappe toujours les fondateurs qui, avant la formation définitive de la société, émettent des actions contrairement à l'une quelconque des prescriptions des articles 1, 2, 3... Objectera-t-on que le texte parle « d'une société constituée, etc. » ? Sans doute il faut l'interpréter strictement, mais encore ne doit-on pas lui faire dire des insanités, en tirer, à force de subtilité, des distinctions iniques que n'a certainement pas voulues le législateur. La vérité est que lorsqu'il dit « les actions d'une société constituée », il prévoit le *plerumque* car le plus souvent l'émission des actions, c'est-à-dire des titres définitifs, n'a lieu qu'après que la société est complètement formée. Mais la loi n'entend pas soustraire aux pénalités les financiers qui accomplissent les opérations qu'elle punit, par cela seul que ces infractions sont antérieures à la constitution de la société au lieu de

(1) RUBAT DU MÉRAC. *Délits relatifs aux Sociétés par actions*, p. 174.

lui être postérieures, alors que cette circonstance augmenterait plutôt la culpabilité des fondateurs et le danger que leurs agissements présentent au point de vue du crédit public.

Quoi qu'il en soit, la solution que nous considérons dès aujourd'hui comme juridique est, tous les auteurs le reconnaissent, celle qui s'impose en législation. Aussi est-il regrettable que le législateur de 1893 n'ait point mis fin aux controverses que nous avons étudiées. C'est une lacune que nous signalons à côté de bien d'autres que laisse subsister la loi de 1893.

Les fondateurs peuvent donc être atteints par l'article 13. Mais l'intention frauduleuse est-elle un élément essentiel de l'infraction ; en d'autres termes, est-il nécessaire pour que ce texte s'applique que ceux qui procèdent à une émission irrégulière soient de mauvaise foi ? Nous ne le croyons pas. Le texte est muet sur ce point mais à défaut de la lettre de la loi, les travaux préparatoires ne laissent place à aucun doute. Plusieurs fois dans l'exposé des motifs ⁽¹⁾, l'infraction prévue par l'article 13 fut appelée « simple contravention » et ce qualificatif était employé afin de faire bien comprendre que « l'intention frauduleuse peut être complètement étrangère à cette infraction » ⁽²⁾.

Sans contester cette solution qui résulte avec évidence des travaux préparatoires, certains juristes, l'envisageant au point de vue rationnel, l'ont trouvée trop sévère ⁽³⁾. « Ce qui soulève les consciences, c'est cette confusion entre la bonne et la mauvaise foi, entre l'homme honnête et l'homme malhonnête, qui tous les deux doivent également être poursuivis . . . et tous les deux être nécessairement condamnés sauf une différence de degré, la seule possible, entre le maximum et le minimum de la peine. » ⁽⁴⁾ — Le législateur de 1893 n'a pas fait droit à ces réclamations. Les a-t-il jugées inexacts ; ou plutôt ne lui aurait-elles pas été soumises ?

L'infraction que punit l'article 13 existe donc indépendamment de toute question d'intention ; par là elle ressemble à une contra-

(1) TRIPIER, I p. 31.

(2) En ce sens : Pont op cit, II, p. 384. — Cass. 17 juillet 1885. D 86. 1. 273.

(3) Paroles de M. Brice à la Chambre des députés. — Documents parlementaires, 1886, p. 976.

(4) *Revue des Sociétés*, 1885, p. 224.

vention. Mais, par la nature de la peine qu'elle entraîne, et par la juridiction compétente pour prononcer cette peine l'infraction de l'art. 13 est un véritable délit. D'où il résulte par exemple qu'elle ne se prescrit que par un délai de 3 ans et qu'elle comporte l'application des règles de la complicité, (art. 59 etc C. l.). — Ce caractère mixte de certaines infractions leur a valu le nom de délits-contraventions.

Jusqu'à présent nous avons supposé que les fondateurs procédaient eux-mêmes à une émission irrégulière. S'ils délèguent leurs pouvoirs ils doivent surveiller l'accomplissement des formalités légales, contrôler les dires du caissier et autres employés subalternes. Les fondateurs, fussent-ils trompés par le personnel qu'ils emploient, commettraient une faute punissable aux termes de l'article 13 s'ils contribuaient à une émission illégale (1) d'actions.

§ II. — *Publication de la valeur d'actions irrégulièrement émises.*
(Article 14).

Une émission d'actions est toujours accompagnée de la publication de leur valeur. Les fondateurs s'efforcent même de faire coter à la bourse les titres de la société qu'ils organisent. Si l'émission est irrégulière, la publication de la valeur des titres émis forme un délit qui tombe sous le coup de l'article 14. Cette infraction constitue, comme la précédente, un délit-contravention qui existe indépendamment de toute mauvaise foi. Mais, sauf cette dérogation, il est soumis à toutes les règles qui régissent les délits de droit pénal ; il obéit par exemple aux principes de la confusion des peines. L'application de cette théorie sera même fréquente en la matière car, le plus souvent, les fondateurs commettront simultanément les délits des articles 13 et 14.

§ III. — *Simulation de souscriptions ou de versements.*
(Article 15 1°).

Au début d'une société il importe tout d'abord d'inspi-

(1) Paris 18 février 1881. (Banque de crédit commercial et industriel) *Journal des Sociétés*, 1881, p 662. — Nous supposons d'ailleurs, au texte, que les fondateurs sont coupables de quelque négligence et qu'ils n'ont pas surveillé avec assez d'attention leur personnel.

rer la confiance. Rien n'est plus propre à provoquer ce sentiment que le spectacle de fondateurs ou même de personnes quelconques s'engageant dans l'affaire nouvelle par des souscriptions ou par des versements considérables. Le public est naturellement porté à penser que ces personnes n'agissent qu'à bon escient; il les imite en toute confiance, souscrit et se ruine. « Simuler des souscriptions ou des versements, disait le rapporteur, et cela pour en provoquer de réels, ce n'est pas seulement commettre une faute dommageable à autrui, c'est enfreindre intentionnellement les lois morales, attenter à la propriété ou la tenter par la ruse et par le mensonge, et les sévérités de la loi pénale n'ont rien d'excessif pour de tels actes ⁽¹⁾ ». Aussi a-t-on considéré ces manœuvres comme constituant une sorte d'escroquerie, et on les a frappées des peines qui punissent cette infraction. Il faut même remarquer que, le plus souvent, les manœuvres prévues par l'article 15 1° tomberaient sous le coup de l'article 405 du Code pénal dont l'article 15 n'est qu'une application. Toutefois, il est des cas où ce texte étend celui du Code pénal.

Les éléments du délit que nous étudions sont, d'après la jurisprudence, au nombre de trois. 1° l'existence d'une simulation de souscriptions ou de versements; 2° l'obtention ou la tentative d'obtenir des souscriptions ou des versements; 3° la mauvaise foi ⁽²⁾.

Simuler une chose, c'est la faire paraître comme réelle alors qu'on sait qu'elle ne l'est pas ⁽³⁾. Les fondateurs simulent des souscriptions ou des versements, soit en ne les opérant que provisoirement, par exemple en versant dans la caisse sociale des capitaux qu'ils en retirent dès que la société est constituée; soit en affirmant l'existence de souscriptions ou de versements qui n'ont jamais eu lieu. Mais pour qu'une affirmation constitue une simulation et fasse tomber son auteur sous le coup de l'article 15 1°, il faut qu'elle revête un caractère tout particulier de gravité. Les circonstances où elle intervient, la qualité de celui dont elle émane, lui peuvent conférer une grande importance, une au-

(1) TRIPIER, op. cit., I, p. 146.

(2) Lyon, 12 Mars 1885, D, 86, II, 136.

(3) Dictionnaire de Littré.

torité dangereuse. Lors, par exemple, que des fondateurs présentent au notaire qui reçoit leurs déclarations ou à l'Assemblée générale des actionnaires, un état constatant des souscriptions qui n'ont pas eu lieu ou des versements qui n'ont jamais été effectués, ces allégations mensongères constituent, en raison des circonstances, du rôle et du crédit des fondateurs, une simulation punissable aux termes de l'art. 15 (1). — Elle résulte aussi, avons-nous dit, de souscriptions consenties ou de versements opérés, mais d'une manière fictive et provisoire. C'est un fondateur qui souscrit, mais avec la ferme intention de ne pas tenir son engagement, ou bien encore qui retire ses capitaux dès que l'entreprise commence à fonctionner (2). — D'ailleurs il n'est pas nécessaire que ces agissements soient l'œuvre directe des fondateurs. S'ils les font opérer par des comparses, ils sont punissables comme complices.

Le délit prévu par l'article 15 1^o, implique un second élément. Il faut que l'auteur des simulations ait obtenu ou tenté d'obtenir d'autres souscriptions ou d'autres versements (3). Cette condition est essentielle; il n'est pas nécessaire d'ailleurs que le but poursuivi ait été atteint; le texte assimile la tentative au succès.

La question de savoir si les prévenus ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements est une question de fait dont l'examen appartient souverainement aux juges du fond. — Des difficultés ont surgi en jurisprudence. Il arrive très fréquemment que des fondateurs présentent à l'assemblée générale des actionnaires des états inexacts de souscriptions et de versements; ces agissements constituent évidemment une simulation. Mais a-t-elle pour but de provoquer d'autres souscriptions ou d'autres versements? Le doute naît de ce que, au moment où elle se produit, c'est-à-dire au cours des délibérations de l'assemblée générale constitutive, les actionnaires ont déjà souscrit et versé! On ne peut dire dès lors que ces affirmations mensongères ont eu pour but de provoquer des souscriptions ou des versements

(1) Paris, 6 décembre 1886. *R. des S.*, 87, 252, etc. — 28 juillet 1887. *R. des S.*, 87, p. 565.

(2) Cass., 10 Avril 1884. *R. des S.*, 85, p. 6.

(3) Paris, 19 mars 1883. *D.* 83, I, 425. — Lyon, 12 mars 1885, *D.* 86, II, 136.

déjà opérés. Si ce raisonnement est exact, l'article 15 1° n'a plus qu'une portée bien restreinte car les simulations les plus fréquentes en pratique sont celles-là même qu'on veut soustraire à l'application de ce texte. Cette opinion fut pourtant admise par la Cour de Paris dans l'affaire de l'Union générale (1). La doctrine protesta contre cette décision. Outre que, dans les deux cas, les résultats pratiques de la simulation sont analogues on peut considérer, en restant dans les termes de l'article 15 1°, que l'engagement contracté par chaque souscripteur n'est qu'un engagement subordonné à la condition que la société se constituera régulièrement. Les souscriptions ne sont véritablement, définitivement obtenues qu'au jour où la société est formée, c'est-à-dire à une date postérieure à la simulation sans laquelle souscriptions et versements seraient demeurés sans effet. Ces considérations ont amené un revirement dans la jurisprudence de la Cour de Paris. Un de ses derniers arrêts les adopte et y ajoute cette observation décisive que la simulation entraîne au moins ce résultat de provoquer le versement des fonds dus par les actionnaires au-delà du quart déjà réglé! « Attendu, dit la Cour, que c'est par suite de cette simulation que l'assemblée générale a voté la constitution de la société, ce qui a eu pour conséquence de rendre fermes et définitives les souscriptions qui n'avaient eu jusque là qu'un caractère conditionnel et provisoire, de consacrer les droits de la société sur les sommes versées, et de soumettre les souscripteurs à l'obligation d'effectuer les versements complémentaires... » (2).

Le troisième élément du délit que nous étudions est la mauvaise foi. Qu'est-ce en effet que simuler une chose? c'est la faire paraître comme réelle *alors qu'on sait qu'elle ne l'est pas*. En exigeant l'intention de nuire, l'article 15 1° ne fait d'ailleurs que consacrer le droit commun en matière de délits.

Le fondateur n'est donc punissable que s'il est de mauvaise foi. Mais il faut préciser en quoi elle consiste. C'est la conscience du caractère fictif des souscriptions et versements qu'on a présentés comme réels. On est allé plus loin, et on a dit que la simulation

(1) Paris, 19 mars 1883. S 83, II, 97.

(2) Paris, 28 juillet 1887. *Revue des Sociétés*, 87, p. 565.

doit avoir été pratiquée dans l'intention précise de les provoquer. Le fondateur qui, ayant fait sciemment une simulation, mais point dans le but d'obtenir des versements ou des souscriptions, profiterait plus tard de cette simulation pour extorquer des adhésions à la société ne tomberait pas sous le coup de l'article 15 1° (1). Nous ne saurions admettre cette opinion. Le texte exige seulement que, par une simulation, « on ait obtenu ou tenté d'obtenir des versements... » ; il ne requiert point du tout qu'au moment où elle est intervenue, son auteur ait eu l'intention de s'en servir dans tel ou tel but déterminé. Et d'ailleurs, au point de vue subjectif, le fondateur qui, pour arriver à des fins malhonnêtes, se sert d'une simulation déjà opérée est aussi coupable que celui qui l'opère dans cette vue. La mauvaise foi n'est-elle pas la même dans l'un et l'autre cas ?

§ IV. — *Publication de faits faux* (Article 15 2°).

Les éléments de ce nouveau délit sont au nombre de quatre : 1° l'existence d'une publication, 2° l'affirmation de faits faux, 3° l'obtention ou la tentative d'obtenir des souscriptions ou des versements, 4° la mauvaise foi.

Pour que les fondateurs d'une société anonyme tombent sous le coup de l'article 15 2°, il faut qu'ils aient *publié* des faits faux. Cet élément différencie le délit que nous étudions du précédent. Une publication est un appel au public : le fondateur qui se contenterait de produire, au cours des délibérations des assemblées constitutives, une liste frauduleuse de souscriptions ou de versements ne commettrait pas l'infraction que punit l'article 15 2°. Les actionnaires ne représentent pas le public.

Cette publication résulte d'ailleurs d'un mode de publicité quelconque : la loi les prévoit tous par cela seul qu'elle n'en exclut aucun. Ils consistent surtout à faire insérer dans les journaux des articles trompeurs, à publier des prospectus ou des circulaires (2) ou même à faire placarder des affiches insidieuses. Les fondateurs qui

(1) Paris, 19 mars 1883, 1^o c°.

(2) Orléans, 28 avril 1887. *Revue des Sociétés*, 88, p. 34.

dirigent ces opérations, alors même qu'ils ne rédigent pas le texte de l'article ou du placard, sont atteints par l'article 15 2°.

Pour être délictueuses, les publications doivent énoncer des faits faux. Le texte cite deux exemples non limitatifs. C'est un fondateur qui publie un état frauduleux de souscriptions ou qui, contrairement à la vérité, désigne certaines personnes comme étant ou devant être attachées à l'entreprise. Au début de toute société anonyme, ses organisateurs cherchent invariablement à s'assurer le concours de personnes dont le nom ou la situation soit de nature à impressionner favorablement le public. Trop souvent l'appât du gain les entraîne : parfois l'affaire est si mauvaise qu'elles résistent. On a vu des spéculateurs hardis, se passant alors des consentements qu'ils n'avaient pu obtenir, inscrire d'office les noms des personnes dont ils désiraient la participation dans des notes ou dans des articles qu'ils publiaient. C'est cette manœuvre audacieuse que réprime l'article 15 2°.

Il serait fastidieux d'insister sur les autres conditions nécessaires à l'existence du délit que prévoit ce texte, car nous les avons déjà étudiées dans le paragraphe précédent.

SECTION II. — *Délits de droit commun.*

Les fondateurs de sociétés anonymes peuvent évidemment commettre tous les délits de droit commun : on ne s'attend pas à trouver ici leur énumération. Mais il y en a certains dont les fondateurs sont plus particulièrement exposés à se rendre coupables au cours de leurs fonctions ; il n'est guère de poursuite correctionnelle dirigée contre eux dans laquelle ne figure une accusation d'abus de confiance (408 Code pénal) d'agiotage (419 C. p.) et surtout d'escroquerie (405 C. p.).

Les fondateurs sont les mandataires des souscripteurs qui opèrent les versements entre leurs mains. Si donc ils détournent les capitaux à eux confiés, ils commettent un abus de confiance (408 Code pénal).

A l'origine de toute société par actions, les fondateurs forment un syndicat d'émission qui a pour but de provoquer la hausse des titres de la société. Cette coalition tombe-t-elle sous le coup de

l'article 419 du Code pénal qui punit ceux « qui, par des voies ou des moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises... » ? Tout d'abord la jurisprudence n'hésita pas à frapper les premiers syndicats financiers de l'article 419 (1); mais aujourd'hui la Cour suprême décide que les dispositions de ce texte ne sont pas applicables aux manœuvres employées pour déterminer la hausse ou la baisse des actions d'une société commerciale ou industrielle : ce ne sont pas, dit-on, des marchandises (2). — Il nous semble pourtant que la généralité des termes de l'article 419 comprend toutes les marchandises corporelles et incorporelles, et parmi les plus précieuses de ces dernières, les actions des sociétés de commerce.

Nous ajoutons, et l'on n'a pas assez mis en relief cette idée, que cette interprétation de l'article 419 s'appuie sur le langage tenu par le garde des sceaux, M. Baroche, devant le corps législatif, pendant la discussion de la loi du 24 juillet 1867. « Faire monter ou baisser, disait-il, par des manœuvres frauduleuses, les actions d'une société commerciale, c'est incontestablement commettre un délit, et dans ce cas, *les peines édictées par l'article 419 devront être prononcées* ». Il a fallu cette assurance, donnée par le ministre, et confirmée par M. Mathieu, pour faire échouer un amendement tendant à incriminer d'une manière absolue tout achat fait par une société de ses propres actions. Les circonstances dans lesquelles cette opinion a été exprimée par le garde des sceaux lui donnent une véritable valeur législative (3). — D'ailleurs, au point de vue de la pratique, comme de la raison et de l'équité, les coalitions sont d'autant plus dangereuses et répréhensibles que les choses dont elles ont pour but de fausser le cours ont une valeur plus considérable (4).

(1) Lyon, 12 mars 1885 (Banque de Lyon et de la Loire) 1^o c^o. — Paris, 19 mars 1883. *Revue des Sociétés* 83, p. 290. (Affaire de l'Union générale).

(2) Cass. 30 juillet 1885, D. 86. I. 389 — Paris, 20 juin 1890. *Revue des Sociétés* 1890, p. 373.

(3) Conclusions prises par M. l'avocat général Calary dans l'affaire de l'Union générale. Paris, 19 mars 1883, 1^o c^o.

(4) En ce sens : Articles de M. Léchopié (La Loi du 11 décembre 1882. — *Revue des Sociétés*, 1883, p. 329). — En sens contraire, articles de M. Fernand Worms (*Journal des Sociétés*, 1883, p. 63).

Quoi qu'il en soit, la controverse subsiste : pourquoi le législateur de 1893 ne l'a-t-il pas fait cesser ?.

Mais, si la jurisprudence restreint la portée de l'article 449 du Code pénal, du moins fait-elle un large usage de l'article 405 du même Code. Ce texte punit l'escroquerie ; il permet, par la généralité de ses expressions, de frapper sans trop d'efforts toute personne qui se laisse aller à des promesses plus ou moins fallacieuses. Aussi les tribunaux s'en servent-ils souvent pour atteindre les fondateurs de sociétés anonymes.

Parfois on a fait application de cet article à des personnes qui n'avaient des fondateurs que le nom. Un chevalier d'industrie prend cette qualité dans des prospectus, reçoit le public dans un local qu'il appelle pompeusement siège social, obtient des souscriptions, des versements et disparaît. C'est le genre d'escroquerie que l'on a justement appelé l'escroquerie à la société financière. Ceux qui se livrent à ces opérations tombent évidemment sous le coup de l'article 405 du Code pénal.

D'autres fois des fondateurs organisent une société qui a une existence réelle, mais ils ont recours, pour capter la confiance du public à des manœuvres frauduleuses. Elles sont susceptibles d'être groupées autour de deux idées principales, la majoration des apports et une publicité mensongère.

La majoration des apports ne forme pas, par elle même un délit ; mais elle peut, selon les circonstances, être envisagée comme une manœuvre frauduleuse, constitutive du délit d'escroquerie. Il implique que la tromperie a été rendue presque invincible par une apparence décevante dont elle était appuyée : que les circonstances, les faits extérieurs ont été combinés de telle sorte qu'il était facile de tomber dans le piège tendu, qu'une personne raisonnable pouvait y être prise. Au rang de ces faits extérieurs, caractéristiques du délit d'escroquerie figure, de l'aveu de tous, l'intervention d'un tiers : elle confère aux allégations mensongères des fondateurs une autorité toute spéciale. Le délit d'escroquerie serait donc suffisamment caractérisé si les fondateurs s'entendaient avec le commissaire désigné conformément à l'article 4 de la loi de 1867, pour faire à l'assemblée générale un rapport

frauduleux, et pour extorquer aux souscripteurs une approbation que, mieux renseignés, ils auraient infailliblement refusée (1).

La publicité, si importante à notre époque, fournit aux fondateurs de sociétés anonymes des occasions fréquentes de commettre le délit prévu par l'article 405. En elle-même elle n'est pas répréhensible. Mais elle le devient lorsque, loin de se borner à présenter l'entreprise sous un jour favorable, avec les exagérations vagues et banales permises en ce sujet, ou dénature la vérité en l'alléant *dans ses traits précis et essentiels*. A titre d'exemples caractéristiques nous citerons ceux de « la Société civile du Sahara » (2) et de « la Colonie de Port-Breton » (3). Les organisateurs de cette entreprise avaient, grâce à une immense publicité, persuadé une partie du public de la richesse et de la fertilité des terres qu'il s'agissait d'exploiter. Or, en réalité, la prétendue colonie était un rocher stérile sur lequel les pionniers qui s'y transportèrent périrent de dénuement. Il y avait eu publicité mensongère, constitutive d'escroquerie.

Cette publicité est faite au moyen de journaux, de brochures, de prospectus, de circulaires, d'affiches, etc. Lorsque le journal appartient publiquement à la société et paraît sous sa direction, une publicité fallacieuse ne suffirait pas, en général, pour donner lieu à l'application de l'article 405. Faite par un organe de la société, elle n'est qu'une allégation inexacte contre laquelle le public est en garde : ce n'est pas une *manœuvre* (4) (405 Code pénal). Mais cette insertion pourrait constituer le délit que punit l'article 15 2° de la loi de 1867. Cette remarque nous permet de déterminer la portée exacte de ce texte, son utilité spéciale : il frappe la publication de faits faux, sans exiger, comme l'article 405, que par sa gravité et sa vraisemblance elle puisse être considérée comme une manœuvre.

Mais lorsque les fondateurs se servent d'un journal étranger à la société, les souscripteurs ne sont plus mis en garde contre les allégations frauduleuses qu'il contient par la qualité même de

(1) Cass. 6 février 1885. D. 86, I, 41. — 26 juin 1885. D. 86, I, 91.

(2) Tribunal de la Seine, 25 juillet 1884. Le Droit, 26 juillet 1884.

(3) Paris, 14 mai 1884. La Loi, 15 mai 1884.

(4) RUBEN DE COUDER. Note sous Cass. 9 mai 1885, S. 85, I, 284.

celui dont elles émanent. Le journal joue alors le rôle d'un tiers qui vient attester en son nom personnel la sincérité des faits qu'il avance. La publication d'articles mensongers dans un journal qui n'appartient pas à la société constituerait donc le délit d'escroquerie ⁽¹⁾.

Les articles de journaux, n'ont d'autres lecteurs que ceux du journal lui-même. Pour forcer l'attention d'un plus grand nombre de personnes, les organisateurs de sociétés anonymes ont eu recours à des moyens de publicité plus étendus : brochures, circulaires, prospectus, affiches, signés des fondateurs et publiés par leurs soins. Ces réclames présentent un danger restreint car, par les signatures dont elles sont revêtues, le public est prévenu de leur valeur. Néanmoins la jurisprudence a une tendance très marquée à les ranger parmi les manœuvres qui tombent sous le coup de l'article 405 du Code pénal ⁽²⁾. On remarque sur ce point une évolution jurisprudentielle extensive, analogue à celle que nous avons déjà étudiée et qui élargit le cercle des personnes auxquelles convient le titre de fondateur. Les auteurs apprécient très différemment cette extension. Les uns considèrent que les fondateurs ont recours, dans la rédaction des réclames, à des opérations mathématiques, à des comparaisons avec des valeurs de tout repos, et à des habiletés typographiques qui donnent à cette publicité mensongère un poids et une vraisemblance « caractéristiques de manœuvres frauduleuses » ⁽³⁾. D'autres pensent qu'« aucun de ces procédés ne constitue l'acte extérieur auquel fait allusion l'article 405. . . L'acte extérieur est essentiellement une preuve ou plutôt une apparence de preuve apportée par l'auteur de l'affirmation mensongère à l'appui de son allégation. Cette preuve doit être extrinsèque c'est-à-dire être autre chose qu'une nouvelle allégation ajoutée à la première : c'est par exemple la production d'une pièce, l'intervention d'un tiers » ⁽⁴⁾. Cette doctrine nous

(1) Bourges, 2 août 1888. *Revue des Sociétés*, 88, p. 530.

(2) Cass. 9 mai 1879. D. 79, I, 315. — Tribunal de la Seine, 27 août 1880. *Journal des Sociétés*, 81, p. 654. — Tribunal de la Seine, 19 janvier 1884. *Revue des Sociétés*, 84, p. 169.

(3) RUBEN DE COUDER. Note sous Cass. 26 juin 1885, S. 85, I, 523.

(4) RUBAT DU MERAC. op. cit. p. 373.

paraît beaucoup trop absolue. L'article 405 ne parle pas du tout d'un acte extérieur. Y a-t-il une expression plus large que le mot manœuvres ? et c'est ce terme qu'emploie le texte précité. Tout ce qu'il est juridiquement possible d'exiger, c'est que les affirmations fallacieuses aient été réellement dangereuses pour le public ; point n'est besoin pour cela qu'un acte extérieur en vienne confirmer le poids et la vraisemblance. Sans doute l'intervention d'un tiers est de nature à conférer à des allégations mensongères le caractère de manœuvres frauduleuses ; mais ce caractère peut résulter de mille autres circonstances, par exemple de l'habileté avec laquelle une réclame a été rédigée. Les tribunaux sont souverains appréciateurs de cette question de fait.

Gravité et vraisemblance d'une affirmation inexacte, tels sont les éléments du délit d'escroquerie que nous avons analysés ; il en est un troisième. L'article 405 n'atteint que « ceux qui se sont fait remettre ou délivrer des fonds » ; il exige donc que l'auteur du délit détourne des capitaux pour lui-même. Or, généralement les fondateurs n'ont pas comme but direct leur intérêt personnel ; s'ils se procurent des valeurs et du crédit, c'est moins pour eux-mêmes que pour l'entreprise collective dont ils ont pris la direction. — Mais, en pratique, l'intérêt personnel des fondateurs dans la société est ordinairement assez important pour qu'on puisse considérer que, dans la perpétration du délit, ils cherchent avant tout un avantage personnel. La jurisprudence pousse très loin cette assimilation ⁽¹⁾. Quand se sont déroulés les premiers procès criminels de la liquidation du Panama, les magistrats ont fait une large application des textes qui punissent l'escroquerie.

Des auteurs ont critiqué cette extension au point de vue juridique : il nous semble pourtant qu'une société anonyme est si bien la chose des fondateurs, qu'en travaillant à sa prospérité ils agissent dans leur propre intérêt. — D'autres pensent que, si le délit d'escroquerie est aussi compréhensif, le législateur des sociétés perd son temps en instituant des peines nouvelles, en imaginant des délits nouveaux dont le Code pénal, dans la généralité de ses définitions, renferme déjà la pleine et suffisante représ-

(1) Crim. rej. 28 janvier 1887. D. 87. I. 361. — Crim. cass. 28 mai 1887. D. 87. I. 353.

sion ⁽¹⁾. Cette conclusion est-elle bien exacte ? Sans doute, en interprétant largement l'article 405 du Code pénal, la jurisprudence restreint l'utilité des textes répressifs de la loi de 1867 ; mais ils gardent un champ d'application qui leur est propre. C'est ainsi, par exemple, que le fondateur qui émet les actions d'une société dont il ne cache pas au public l'irrégularité, ou bien encore qui les émet de bonne foi n'est pas un escroc, car il n'y a ni manœuvres, ni intention frauduleuse (405 Code pénal) ; et pourtant ce fondateur tombe sous le coup de l'article 14 de la loi de 1867. — Elle est inutile cette loi si l'article 405 est aussi extensif que le pense la jurisprudence ? Mais alors d'où vient que, malgré cette large interprétation, on discutait avant 1893 s'il fallait étendre les dispositions répressives de 1867, des sociétés commerciales aux sociétés civiles par actions ; d'où vient que l'on discute encore s'il faut étendre ces textes des souscriptions d'actions aux souscriptions d'obligations ; que, dans les revues et les journaux de droit, des auteurs considérables demandent au législateur de réglementer, civilement et pénalement l'émission des obligations comme l'est déjà celle des actions ? Controverses vaines, réclamations inutiles ? nous nous plaisons à croire que tant de jurisconsultes n'ont pas commis cette grossière erreur.

Titre troisième

Prescription des actions en responsabilité.

Notre étude se concentrera sur l'extinction des actions dont la loi de 1867, en son article 42, organise le fonctionnement.

Lors en effet qu'un contrat de société est entaché de dol ou de violence, il suffit d'appliquer les règles du droit commun. La nullité est couverte par une ratification expresse ou par la prescription décennale (art. 1304 du Code civil). L'action en responsabilité des actionnaires contre les fondateurs qui, par des manœuvres illicites les ont déterminés à souscrire, ne se prescrit que par 30 ans (2219 Code civil).

Mais des difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de déterminer comment s'éteignent les actions en responsabilité spécialement

(1) Chronique de droit commercial par Thaller. *Revue des Sociétés* 88, p. 297.

organisées par la loi de 1867. Cette question est toute nouvelle car la loi du 1^{er} août 1893 est la première qui édicte sur ce point des dispositions particulières. Pour bien saisir la portée de ce texte, il faut classer en deux groupes les hypothèses qu'il prévoit : tantôt la responsabilité pénale des fondateurs est engagée en même temps que leur responsabilité civile ; tantôt cette dernière seule est en jeu.

SECTION I. — *La responsabilité civile des fondateurs est seule engagée.*

Une société anonyme peut être nulle et ses fondateurs responsables de cette annulation, sans que pourtant le ministère public soit fondé à les poursuivre. C'est ainsi, par exemple, que la loi pénale n'érige pas en délit le défaut d'approbation des apports en nature ou des avantages particuliers, pas plus que les vices constitutifs dont les articles 23 et 25 de la loi de 1867 prévoient l'existence.

Cette responsabilité civile ainsi isolée peut d'ailleurs être encourue de deux façons bien distinctes. Parfois elle dérive du vice constitutif, indépendamment de toute nullité prononcée : le quart du capital social n'a pas été versé, et dès le début de la société il en est résulté une gêne dans son fonctionnement. Les deux actions en responsabilité et en nullité se conçoivent alors séparément : on comprend que l'une survive à l'autre. — Mais parfois le préjudice a sa source unique dans le fait même de l'annulation ; l'entreprise prospérait ; si elle avait continué ses opérations, personne n'aurait pu se plaindre. Il est évident alors que l'action en responsabilité périt en même temps que l'action en nullité, puisque, avec elle, disparaît toute cause de préjudice.

Dans ce dernier cas, toute la question revient donc à savoir comment s'éteint l'action en nullité. A cet égard on admettait, sous le régime de la loi de 1867, que les formalités qu'elle édicte ayant été établies dans un intérêt d'ordre public, l'exécution volontaire ne pouvait couvrir la nullité ⁽¹⁾. De cette même idée on déduisait que l'action en nullité pour violation de la loi de 1867

(1) VAVASSEUR, op. cit., n° 707.

est imprescriptible ⁽¹⁾. Quelques auteurs pourtant soutenaient qu'elle se prescrivait par dix ans ; ⁽²⁾ d'autres par trente.

Cette situation avait donné lieu à des scandales qu'il importait de faire cesser. Alors même que la société avait été prospère, que le vice dont elle était infestée n'avait eu pour elle aucune suite fâcheuse, qu'il était demeuré inconnu, il était possible néanmoins de la faire annuler : et ce danger persistait pendant toute la durée de l'entreprise, puisqu'il s'agissait d'une nullité absolue, imprescriptible. — Aussi le projet sénatorial de 1884 restreignait-il l'exercice des actions en nullité : elles n'étaient plus recevables, trois ans après le jour où cette nullité avait été encourue, lorsqu'avant l'introduction de la demande, la cause de nullité avait cessé d'exister ⁽³⁾. — C'est à ce système que s'est rallié le législateur de 1893 ; il s'est même montré plus hostile encore aux nullités. Ce qu'il veut éviter avant tout, c'est cette conséquence désastreuse de l'anéantissement de la société, et cette nécessité de liquider qu'entraîne la nullité prononcée. Si une formalité a été oubliée lors de la constitution, il suffit désormais de l'accomplir postérieurement pour rendre l'existence de la société inattaquable (art. 3 de la loi du 1^{er} août 1893).

Telle était, sur ce point, la seule disposition qui figurait dans le projet voté par la Chambre des députés sur le rapport de M. Clausel de Coussergues. La commission du Sénat y ajouta un paragraphe qui fut voté sans discussion, et qui prévoit le cas où une assemblée générale serait convoquée pour couvrir une nullité encourue ; dans ce cas, l'action en nullité cessera d'être recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée ; on n'exige plus, dans ce cas, que la nullité ait cessé d'exister pour que l'action en nullité ne soit plus recevable. Il suffit que les représentants de la société aient manifesté d'une façon suffisante, en convoquant une assemblée générale, leur intention de se conformer à la loi. Si l'action en nullité avait survécu à la convocation de l'assemblée, les administrateurs ne l'auraient jamais réunie

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n° 783. — PONT, op. cit., n° 1239. — DALLOZ, S. R., v° Société, n° 1263.

(2) VAVASSEUR, op. cit., n° 710.

(3) Article 43 du projet sénatorial de 1884.

dans le but de couvrir une nullité, car l'ordre du jour qui est distribué aux actionnaires aurait révélé le vice constitutif et rendu plus imminent le danger qui menaçait la société.

Lors de la seconde délibération au Sénat, M. Trarieux et plusieurs de ses collègues déposèrent un amendement ainsi conçu : « Ces actions en nullité contre les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix ans. Cette prescription ne pourra toutefois être opposée avant les dix années qui suivront la promulgation de la présente loi. » Cet amendement fut voté sans débats et est devenu le troisième alinéa de l'article 3. — Bien qu'aucune considération n'ait été développée à la tribune du Sénat à l'appui de cet amendement, nous croyons que la pensée de ses auteurs a été la suivante : on a vu que la première partie de notre article 3 crée une fin de non-recevoir aux actions en nullité, résultant de ce que la nullité a été couverte ou simplement de ce qu'une assemblée générale a été convoquée pour la couvrir. Si cette condition n'était pas réalisée, si par conséquent la fin de non recevoir n'était pas opposable, il en résultait que l'action en nullité restait soumise au droit commun, car la loi du 24 juillet 1867 ne contenait aucune disposition spéciale à cet égard. Mais, ce droit commun, quel était-il ? l'imprescriptibilité, la prescription de 30 ans ou celle de 10 ans ? Nous avons vu que la question était très controversée. Le législateur de 1893 tranche le débat : désormais, sans qu'aucune autre condition soit exigée, le sort d'une société ne peut plus être remis en question lorsqu'un délai de dix ans s'est écoulé depuis la date de sa constitution ⁽¹⁾.

Telles sont les dispositions qui régissent l'extinction des actions en nullité, et par suite des actions en responsabilité lorsque le préjudice a sa cause unique dans le fait même de l'annulation ⁽²⁾.

(1) La loi ne parle pas du point de départ du délai de la prescription décennale. Par application des principes généraux, on doit décider que ce délai court du jour où, en fait, la société a été constituée sans la réunion des conditions requises par la loi. (En ce sens LYON-CAEN et REAULT, Commentaire de la loi du 1^{er} août 1893, n° 32).

(2) Dans le cas où, sur une demande formée en temps utile, l'annulation de la société a été prononcée, la prescription de l'action en responsabilité à raison du préjudice causé par cette annulation, n'est acquise que par 30 ans et ne commence à courir que du jour où la nullité a été prononcée (FAURE, Loi 1893, p. 86).

Mais, ainsi que nous l'avons dit, il arrive souvent qu'indépendamment de toute nullité prononcée le vice constitutif lèse les intérêts sociaux. Les actions en responsabilité auxquelles sont exposés les fondateurs ont alors une existence bien distincte de celle des actions en nullité ; les premières peuvent survivre aux secondes.

D'abord, lorsque l'action en nullité cesse d'être recevable parce qu'avant l'introduction de la demande le vice a été couvert, l'action en responsabilité demeure ouverte pendant les trois ans qui suivent le jour où la nullité a été encourue (art. 3 loi 1893). — Le projet sénatorial de 1884 ne distinguait pas entre les actions en nullité et l'action en responsabilité : toutes deux étaient soumises à la même prescription de trois ans après le jour où la nullité était encourue, lorsqu'avant l'introduction de la demande la cause de nullité avait cessé d'exister. Afin de maintenir cette unité, on proposa en 1893 de les déclarer toutes deux éteintes dès que le vice qui entachait la société serait effacé ; cette proposition fut repoussée. Rien de plus juste en effet que la permanence de l'action en responsabilité contre les fondateurs pendant un délai fixe. Il ne faut pas que les fondateurs qui ont commis la faute de constituer une société nulle puissent, du jour au lendemain, par un acte habile de résipiscence, s'affranchir des conséquences de leur faute. Sans doute il n'y a pas plus de raison de laisser subsister l'action en nullité après que le vice de constitution est réparé qu'il n'y en a, dans le cas de publicité tardivement faite : tout est en ordre pour l'avenir. Mais pour le passé il reste du moins pendant trois ans l'action en dommages-intérêts ⁽¹⁾.

Lorsque c'est par l'expiration d'un délai de dix ans que l'action en nullité prend fin, quel est le sort de l'action en responsabilité. Nous croyons qu'elle survit : qu'en l'absence de toute disposition

(1) Rapport de la commission présenté à la Chambre des députés par M. Clausel de Coussergues. VAVASSEUR, *Commentaire de la loi du 1^{er} août 1893. Documents législatifs*, p. 52. — Ici la loi précise le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité. « L'extinction de l'action en nullité n'éteint l'action en responsabilité qu'autant qu'il s'est écoulé 3 ans depuis le jour où la nullité de la société était encourue, c'est-à-dire du jour de la constitution irrégulière de la société sans qu'il ait été formé une demande en responsabilité. » (Bouvier-Bangillon, op. cit. p. 98 et suiv.).

spéciale elle obéit au droit commun et n'est soumise qu'à la prescription trentenaire (2219 Code civil). Peut-être soutiendra-t-on qu'au bout de 10 ans, elle est prescrite, et l'on invoquera dans ce sens l'indissolubilité du lien qui l'unit à l'action en nullité. Nous-même n'avons-nous pas reconnu ⁽¹⁾ que la nullité est le préambule nécessaire de la responsabilité, que toutes deux périssent donc en même temps ? — Cette objection est spécieuse ; sans doute la nullité est le préambule nécessaire de la responsabilité, mais en ce sens seulement que si l'action en nullité est encore recevable au moment où les fondateurs sont poursuivis, les deux instances sont indissolubles. Mais si, pour un motif quelconque, la nullité est couverte, ce n'est pas à dire que la responsabilité soit éteinte. Le seul motif de la règle qui précède était en effet le désir d'éviter que des fondateurs soient condamnés à réparer le préjudice résultant d'un vice constitutif, et que pourtant cette société reconnue irrégulière et dangereuse continue à fonctionner dans les mêmes conditions. Mais lorsque le législateur proclame que, grâce à l'accomplissement des formalités omises ou à l'expiration d'un laps de temps (cette dernière présomption peut d'ailleurs se trouver inexacte), la société n'offre plus aucun danger pour l'avenir, il n'y a rien d'irrationnel à condamner les fondateurs à raison d'un préjudice passé et à laisser pourtant subsister la société. La règle que nous avons admise lorsque les deux actions coexistent perd donc sa raison d'être et cesse d'être applicable lorsque l'action en nullité est éteinte. Et telle est bien la pensée du législateur car il nous la révèle lorsque, dans l'hypothèse que nous examinons tout à l'heure, il décide que l'action en responsabilité survit pendant trois ans à l'action en nullité. Il n'y a donc pas entre ces deux instances cette indissolubilité dont on voudrait arguer ⁽²⁾ ; et en l'absence de toute règle spéciale on doit reconnaître qu'il faut recourir au droit commun, c'est-à-dire que si la nullité est couverte par dix ans les fondateurs demeurent responsables pendant trente ans (art. 2219 Code civil).

(1) Voir plus haut Tr. Section I § II. II.

(2) LYON-CAEN et RENAULT. *Commentaire de la loi de 1893*, n° 34.

SECTION II. — *La responsabilité pénale des fondateurs est engagée en même temps que leur responsabilité civile.*

Avant d'aborder l'étude de cette question, il faut évidemment en connaître les deux éléments ; nous savons par quel délai se prescrit l'action en responsabilité civile lorsqu'elle existe seule ; nous allons rechercher brièvement de quelle façon s'éteint la responsabilité pénale ; puis nous nous demanderons si la coexistence de ces deux responsabilités n'influe pas sur leur extinction.

La prescription des délits dont les fondateurs peuvent se rendre coupables dans la constitution d'une société anonyme s'opère par trois ans. Elle commence à courir du jour où le délit a été commis, ou s'il s'agit d'un délit successif, du jour où a été constaté le dernier fait délictueux, sauf l'interruption qui résulterait des actes de poursuite ou d'instruction accomplis dans l'intervalle (art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle). — On ⁽¹⁾ a pourtant soutenu que les faits punis par les articles 13 et 14 de la loi de 1867, devant être assimilés à des contraventions, se prescrivaient par le délai d'un an. Mais la jurisprudence considère avec raison que ces faits constituent des délits. Toutes les fois en effet que le législateur n'a pas manifesté une opinion contraire, c'est (art. 1 du Code pénal) uniquement à la nature de la peine qu'il faut s'attacher pour déterminer le caractère juridique des infractions punissables et fixer le délai de leur prescription ⁽²⁾. La responsabilité pénale des fondateurs peut donc être invoquée pendant trois ans à partir du jour où elle est encourue.

Dès lors, si elle coexiste avec leur responsabilité civile, il semble que cette dernière aussi soit éteinte au bout de trois ans, car l'action civile est soumise à la même prescription que l'action publique (art. 638 et 640 du Code d'instruction criminelle). Cette question, très controversée avant la loi de 1893, n'a pourtant pas été résolue par celle-ci ; elle nous paraît néanmoins de nature à restreindre l'intérêt et les limites du débat. Dans le cas, en effet, où, au cours des trois années qui suivent la constitution de la société,

(1) Pont. op. cit. nos 1321.1558.

(2) GARRAUD, op. cit. I p. 136. — Amiens 15 mars 1888. *Revue des Sociétés* 1888, p. 428.

la nullité en est couverte, l'action civile en responsabilité ne dure que pendant ces trois années (art. 3 de la loi de 1893) : dans cette hypothèse, l'action publique et l'action civile sont donc nécessairement prescrites par le même laps de temps, trois ans à partir de la constitution de la société. — Mais il peut se faire que les vices constitutifs ne soient pas effacés ; l'action en nullité subsiste alors pendant dix ans, et l'action civile en responsabilité pendant trente ⁽¹⁾ ; si elle coexiste avec l'action publique, ne sont-elles pas toutes deux soumises à la prescription triennale ?

La question fut tranchée en jurisprudence à une époque où la loi de 1893 n'avait pas encore restreint son importance. Après avoir permis aux fondateurs poursuivis civilement en responsabilité de se retrancher derrière une fin de non recevoir tirée de l'article 638 du Code d'instruction criminelle ⁽²⁾, les arrêts sont unanimes aujourd'hui à leur refuser le bénéfice de la prescription triennale. D'abord on peut trouver très dure la nécessité pour les tiers et les actionnaires d'agir dans un aussi bref délai contre les fondateurs. Puis on oublie, lorsqu'on invoque l'article 638 du Code d'instruction criminelle, que l'action soumise à cette prescription est l'action en dommages-intérêts résultant du délit. Or, les actions en responsabilité de l'article 42 de la loi de 1867 « naissent de la constitution irrégulière d'une société annulée, et cette constitution n'est pas un délit » ; le législateur, en effet, ne frappe pas, pénalement, la constitution irrégulière d'une société, mais uniquement certains faits qui accompagnent d'ordinaire cette constitution ⁽³⁾.

Nous nous rallions d'autant plus volontiers à cette interprétation littérale de la loi qu'il s'agit ici d'abréger le délai habituel de la prescription (art. 2219 Code civil), de déroger, par conséquent, au droit commun, et que la solution de la jurisprudence se recom-

(1) Voir plus haut, section I. — D'autres estiment que, dans cette hypothèse, l'action civile en responsabilité comme celle en nullité s'éteint par 10 ans. Dans cette opinion aussi on peut se demander si ce délai de dix ans n'est pas réduit à trois lorsque l'action pénale coexiste avec l'action civile.

(2) Paris, 24 juin 1875. Cass. 7 mars 1877. D. 78, I, 241. S. 78, I, 97. — PONT, op. cit., II, n° 1558. — ROUSSEAU, Questions nouvelles sur les sociétés. p. 135.

(3) Paris, 14 décembre 1880. *Journal des Sociétés*, 81, I, 28. — Orléans, 24 juillet 1890. *Revue des Sociétés*, 90, p. 522. — VASSEUR, op. cit., I, nos 70 bis et 70 ter. — Article de M. Labbé. *Journal des Sociétés*, 1881, p. 169, etc.

mande par ses résultats pratiques. Mais il serait inopportun, croyons-nous, de faire appel, pour soutenir cette opinion, à l'esprit dans lequel a été rédigé l'article 638 du Code d'instruction criminelle. On a dit dans ce sens que, pour justifier les actions en responsabilité de l'article 42, il n'est pas utile qu'aucun fait délictueux soit prouvé; la nullité pour violation des dispositions de la loi sur la constitution suffit. On ne saurait donc dire qu'en écartant la prescription triennale, on permet de prouver des faits délictueux, alors que la répression pénale n'est plus possible, ce que le législateur a voulu éviter (1). Mais ne voit-on pas que ces faits délictueux apparaîtront presque nécessairement au cours des débats. Il s'agit, par exemple, d'un actionnaire qui réclame aux fondateurs la réparation du préjudice que lui a causé la nullité. On prétend qu'il se contentera de prouver cette nullité sans établir l'existence d'aucun délit. Mais la première obligation du demandeur n'est-elle pas de démontrer qu'il est intéressé au procès; d'établir, par conséquent, sa qualité d'actionnaire, de produire, à cet effet, l'action dont il est détenteur, et de prouver ainsi qu'il y a eu une émission d'actions constitutive d'un délit que punit la loi pénale? — La vérité, c'est qu'en déduisant rigoureusement les conséquences du principe posé par l'article 638 du Code d'instruction criminelle, on aboutit trop souvent à des résultats iniques; nous avons ici un exemple de cette iniquité. On peut, croyons-nous, y échapper au moyen d'une interprétation littérale; mais vouloir invoquer, en faveur de cette solution, l'esprit dans lequel a été rédigé l'article 638, c'est fournir des armes aux partisans de l'opinion adverse.

APPENDIX : APERÇU LÉGISLATIF.

Ce que valent les sanctions par lesquelles la loi assure le respect des devoirs qu'elle impose aux fondateurs de sociétés anonymes.

Telle est notre législation actuelle; telles sont les sanctions des devoirs imposés aux fondateurs de sociétés anonymes. Quelle est la valeur de ces sanctions? Contribuent-elles à la prospérité des

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n° 806.

sociétés anonymes ou provoquent-elles leur ruine ? Sont-elles un instrument de crédit pour une nation ou un germe de décadence industrielle et commerciale ?

Avant d'apprécier notre législation sur ce point, il la faut résumer brièvement. Chez nous, l'accomplissement des formalités prescrites pour la constitution régulière d'une société anonyme n'est assuré par aucune mesure préventive ; il n'est que sanctionné par la nullité de la société, par la responsabilité des fondateurs tenus de réparer le dommage causé et par certaines pénalités. C'est en somme le système répressif des nullités et de la responsabilité civile et pénale des fondateurs et administrateurs.

Que vaut-il ? Doit-on maintenir ou supprimer toutes ces nullités édictées par la loi de 1867, restreintes, mais maintenues par la loi de 1893, et qui rendent l'organisation des sociétés anonymes si dangereuse ? Si elles sont supprimées, une lourde cause de responsabilité disparaît en même temps ; les fondateurs n'ont plus à craindre qu'une société prospère soit dissoute et que les intéressés, lésés par cette dissolution inopportune, obtiennent contre eux de lourdes condamnations.

Ces nullités, d'ailleurs, sont-elles bien efficaces ? Ce que tous les législateurs veulent, c'est que les sociétés ne se puissent constituer qu'à certaines conditions. On croit trouver une garantie dans la souscription intégrale du capital social et dans la libération partielle ou totale des actions, et même, chez nous, dans la constatation officielle de l'accomplissement de ces conditions. Est-ce que votre nullité fera que le capital ait été souscrit, la quotité légale versée ... etc. ? ⁽¹⁾

Non seulement ces nullités n'assurent pas l'observation de la loi, mais encore elles constituent un grave danger pour les sociétés prospères. Les nullités, selon le mot énergique de M. Guillery, ne sont pas réparatrices mais spoliatrices. En Belgique autant qu'en France, elles ont fait naître « comme d'une semence corrompue une plante vénéneuse » une industrie inavouable qui s'exerce au grand jour sous le patronage de la loi et de la magis-

(1) *Congrès international des Sociétés par actions*, 1889, p. 111 (opinion développée par M. Nyssens).

trature (1). Des agences se sont formées à Paris, dans le but de rechercher les nullités dont peuvent être entachées les sociétés anonymes de quelque importance. Vient-on à découvrir un vice constitutif, on se procure une action ou une obligation de la société; puis on menace les administrateurs de la faire annuler s'ils ne consentent à verser une forte somme. La nullité devient ainsi un puissant moyen de chantage; et le danger est d'autant plus à redouter que les administrateurs sont presque toujours contraints de souscrire aux conditions que leur imposent ces maîtres chanteurs. Mieux valent encore ces compromis onéreux qu'une liquidation inopportune.

Et c'est qu'en effet elles sont ruineuses en pratique des liquidations de ce genre; elles ont des effets bien disproportionnés à leur cause. Voilà une société prospère; mais 500 francs n'ont pas été versés à bonne date dans la caisse sociale; la nullité repose sur une somme infinitésimale. Et pourtant, si elle vient à être prononcée, tous les frais de constitution sont perdus, et ils peuvent être considérables dans une société importante. Il faudra faire des frais de reconstitution, convoquer de nouveau les actionnaires, « les émouvoir par cet appareil toujours long et fastidieux de la constitution d'une société » (2). — Ajoutez à ces frais ceux qu'entraîne avec elle toute liquidation. — Et parfois le désastre sera plus grand encore : la société dissoute ne se reformera pas; la source d'où les actionnaires et les obligataires tiraient des bénéfices sera tarie à jamais.

Et alors ils se rappelleront que les fondateurs sont responsables de la nullité; qu'ils doivent restituer le montant des frais que la dissolution a rendus nécessaires, ou même, si la société ne se reconstitue pas, indemniser les intéressés du préjudice que leur cause la privation complète de tout bénéfice à venir. — Et alors, avec des sanctions pareilles, avec la perspective d'une si lourde responsabilité, qui voit-on comme fondateurs? Des gens qui n'ont rien à perdre, pas même l'honneur.

Et les fondateurs ne sont pas les seuls qu'atteint cette nullité.

(1) *Revue des Sociétés*, 1888, p. 218, art. de M. Vavas seur.

(2) Congrès, op. cit., p. 104. Opinion de M. Jacquand.

Une société est un être juridique destiné à durer, les vices de sa naissance n'apparaissent souvent qu'après des recherches minutieuses et savantes, après qu'elle a longtemps vécu. Les premiers intéressés ont alors disparu : des tiers sont devenus actionnaires et créanciers. Et alors voilà des actionnaires qui sont complètement étrangers à l'irrégularité commise dans l'origine, des créanciers de bonne foi, des ouvriers employés dans les ateliers de la société, des intéressés de toute sorte, dont la situation malgré son apparente solidité va s'effondrer sous les coups de la malveillance. Et ce résultat funeste sera la conséquence d'une disposition édictée dans le but de les protéger ! Mais, répond-on, tous ces résultats funestes de la nullité ne sont jamais que très momentanés : ceux qu'elle lèse ont un recours contre les fondateurs. Mais que de fois il est rendu illusoire par leur insolvabilité ou mieux encore par leur fuite ! Et ces obstacles paraîtront à juste titre bien difficiles à surmonter si l'on songe que le plus souvent la nullité d'une société n'est prononcée qu'après qu'elle a vécu un certain temps, que son personnel a été entièrement renouvelé, que les noms de ses fondateurs ont été oubliés, que leurs traces ont été perdues.

Quel est le remède à tous ces dangers ? La suppression des nullités. Et cette suppression n'est pas seulement commandée par les nécessités de la pratique, elle est aussi d'accord avec les principes juridiques. Chose singulière, c'est au nom de la science, de cet axiome juridique qu'il ne doit plus y avoir chez nous de *leges imperfectæ*, que toute prescription légale doit être sanctionnée par la nullité de l'acte qui la viole, c'est au nom des purs principes du droit qu'on se prétend contraint d'appliquer sans merci toute la théorie des nullités : et pourtant un jurisconsulte éminent, M. Primker ⁽¹⁾, soutient que les dispositions réglementaires de la loi sur les sociétés, tout impératives qu'elles soient, devraient appartenir aux *leges imperfectæ* dont la violation n'entraîne pas la nullité.

D'autres auteurs distinguent parmi ces diverses prescriptions : les unes mériteraient d'être sanctionnées par la nullité, les autres ne comporteraient pas une telle sanction ⁽²⁾. Il existe en effet deux

(1) Etude de Thaller. *Journal des Sociétés*, 1884, p. 773.

(2) Etude de Thaller, 1^o c^o, p. 767.

sortes de conditions essentielles pour la validité d'un contrat, des conditions de forme et des conditions de fond : l'absence des unes ou des autres entraîne la nullité de la convention. Dans la société anonyme les conditions de forme sont les statuts écrits, la déclaration faite par les fondateurs devant notaire, les assemblées de vérification. Voilà la procédure préparatoire, le formalisme protecteur des intérêts individuels : sa violation doit entraîner la nullité. Mais, voici que ces formes ont été observées et que l'on découvre un autre vice : le capital n'avait pas été entièrement souscrit, le versement exigé par la loi n'avait pas été effectué. Les fondateurs pourtant ont eu l'art de dissimuler l'infraction, car ils ont observé les règles de forme correspondant à ces prescriptions de fond. Le vice est donc un vice de fond. Doit-il, d'après les règles générales du droit entraîner une nullité ? Le droit commun ne mentionne que quatre prescriptions de fond dont l'absence empêche le contrat de se former (article 1108 Code civil). Or on ne dira pas qu'une insuffisance de versements fasse disparaître le consentement ou la capacité des parties, prive la société de sa cause ou de son objet. On est donc en présence de prescriptions, obligatoires sans doute, mais qui devraient en bonne logique et pour employer la terminologie légale du mariage constituer des empêchements prohibitifs plutôt que dirimants. Tant que le capital ne sera pas souscrit, la quotité légale versée, les fondateurs s'ils veulent se comporter en toute loyauté ne pourront faire la déclaration notariée ; . . . mais, les passes constitutives franchies, l'existence même de la société ne devrait plus pouvoir être mise en question plus tard. — Au point de vue juridique pur, comme au point de vue utilitaire et économique, la suppression des nullités s'impose.

Elle ne serait d'ailleurs pas une innovation législative. Des législations étrangères nous ont tracé la voie. La loi belge de 1873 reproduisait à peu près textuellement notre loi de 1867. Mais la Belgique est vite revenue de son erreur. Dès le 7 mars 1883, MM. de Lantsheere et Guillery saisissaient la Chambre des députés d'une proposition de loi qui supprimait la plupart des nullités et les remplaçait par les responsabilités des fondateurs et administrateurs. En 1886 la proposition était adoptée. Ce système a donné de bons résultats et M. Guillery osait dire au Congrès de

1889 ⁽¹⁾ « Nous ne prenons plus les nullités parce qu'elles sont un désastre.... vous qui faites des sociétés, vous voulez avoir le bénéfice de l'anonymat, eh bien remplissez les formalités que la loi exige ; si vous ne les remplissez pas vous êtes *responsables*... il n'y a pas d'autres conséquences... *ce principe a fonctionné jusqu'à présent assez bien en Belgique* ».

Et le système que consacre notre loi de 1893, ce système qui atténue les conséquences désastreuses des nullités n'est qu'un palliatif insuffisant, un remède inefficace. L'action en nullité n'est plus recevable lorsqu'avant l'introduction de la demande la cause de nullité a cessé d'exister (art. 3 § 1 de la loi 1893) ; mais c'est là un avantage dérisoire car presque toujours les administrateurs ne seront avertis de l'irrégularité que par la demande elle-même et alors il sera trop tard pour effacer le vice constitutif. — L'action en nullité est prescrite par dix ans ; mais n'est-ce pas une trop large carrière qu'on laisse ouverte aux agissements des agences de chantage ⁽²⁾ ?

Suppression des nullités ; responsabilité pénale et civile des fondateurs et administrateurs pour seule et unique sanction des prescriptions légales, tel est le système radical auquel aboutissent les partisans des idées que nous venons d'exposer. ⁽³⁾

Cette opinion a rencontré des adversaires qui défendent les nullités. Ils commencent par faire remarquer que ce type d'un contrat subordonné à des conditions impératives, et cependant dénuées de sanction est assez étrange. Trouve-t-on quelque autre exemple de conventions entourées de formalités tutélaires et où les parties soient libres de se passer de ces formalités, de façon que leur accord de volontés, irrégulier et illégal, détermine cependant un lien de droit obligatoire. Où voit-on un mineur hors d'état de faire annuler les emprunts qu'il a conclus sans l'autorisation de son tuteur, un donateur impuissant à faire tomber la libéralité qu'il a consentie en dehors des formes légales ? — On prétend que la souscription intégrale et le versement exigé par la loi sont des

(1) Congrès, op. cit., p. 128.

(2) *Revue des Sociétés*, 1885, p. 222

(3) Congrès, op. cit., p. 130.

conditions de fond non essentielles, car leur inaccomplissement ne fait disparaître ni le consentement, ni la capacité des parties, ni l'objet, ni la cause du contrat. Alors même qu'on admettrait cette idée, la nullité n'en demeurerait pas moins la sanction de la plupart des prescriptions qu'édicte la loi de 1867, de toutes celles qui constituent des conditions de forme. — Et, quoi qu'on en dise, pourquoi ne rangerait-on pas parmi celles-ci la souscription intégrale et le versement légal ? Les conditions de fond ont cette caractéristique qu'on ne conçoit pas un contrat où elles manqueraient. Notre pensée n'est pas rebelle à l'idée d'une société qui existerait sans que le capital social soit souscrit intégralement, ou sans que la quotité légale soit versée. Il s'agit donc ici d'une prescription de forme, d'un formalisme protecteur des intérêts individuels. La sanction doit, juridiquement, consister dans la nullité.

D'ailleurs qu'on y prenne bien garde, ces nullités dont on a dit beaucoup de mal et qui ont en effet engendré des abus, présentent aussi leur bon côté. Elles redressent le tort sans attendre qu'il soit entièrement consommé et laissent une espérance d'indemnité, alors que l'adversaire est encore solvable. Pour prendre une comparaison empruntée aux autres contrats de la vie commerciale ou civile, d'où vient que la loi autorise un contractant incapable ou dont le consentement a été vicié à agir le lendemain même de la convention s'il le désire, pour remettre les choses en leur état de la veille ? A ce moment cependant les bons et les mauvais résultats de l'opération n'auront pas pu, du moins en général, se manifester encore. — A première vue, ce moyen paraît n'avoir d'autre but que de flatter, chez ceux qui cultivent le droit, un certain esprit de géométrie et de logique à outrance. Le contrat était nul, donc il ne saurait produire d'effets. C'est oublier que la loi se plie constamment, et en tout ce qu'elle décide, aux convenances des hommes et leur prête protection. Il fallait autoriser la personne qui a souffert de l'inobservation de la loi à rentrer immédiatement dans sa prestation et à se couvrir contre les pertes éventuelles que pourraient entraîner pour elle les suites encore inaperçues de l'opération. Transformez cette demande de nullité en simples dommages-intérêts : il faudra laisser aux événements le temps de se dessiner et, quand on s'apercevra que le marché a été effectivement

préjudiciable à celui qui s'en plaint, sa contre partie sera devenue insolvable.

Tout de même et avec plus d'exactitude encore pour les nullités de sociétés par actions. A peine l'entreprise est-elle montée que telle ou telle circonstance avertit un actionnaire ou un créancier de la précipitation avec laquelle ont procédé les fondateurs, des mentions artificielles de versements portées sur les listes qui sont déposées chez le notaire ou au greffe. Que faire ? la société n'a encore, ni en bien ni en mal, pu donner ses preuves : mettons que les premières opérations soient de nature à aggraver les soupçons que cette constatation d'origine a fait naître. Grâce à l'action en nullité, l'affaire se trouvera aussitôt enrayée. Ce n'est pas que la mesure doive se traduire en bénéfices, car une liquidation est toujours onéreuse. Cependant les ressources recueillies par les fondateurs ne sont pas entièrement épuisées. A moins de supposer une véritable escroquerie, on retrouvera dans le partage du fonds social, encore à peu près intact, une compensation aux mises constitutives. Le liquidateur, se substituant aux administrateurs, veillera aux intérêts des actionnaires. Imaginez maintenant la nullité absente : le pacte social reste debout ; on laisse les administrateurs maîtres de la position avec le droit de traiter les opérations de toute nature qui sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Ce que sont ou seront ces opérations, on n'en saura rien, de toute manière, avant la prochaine assemblée annuelle : avantageuses peut-être ; il y a plus de chance, étant donné le peu de scrupule dont les fondateurs ont témoigné dans la constitution de la société, pour qu'elles desservent les intérêts sociaux. Lorsqu'on mettra les responsabilités en jeu, la société sera criblée de dettes et les fondateurs eux-mêmes seront insolvables. Un tel régime offre trop de dangers pour qu'on se décide à l'accepter.

Sans doute les actions en nullité sont souvent exercées trop tard, à un moment où la caisse sociale ne renferme plus rien. Mais il suffit qu'on en intente quelques-unes dans le nombre à la veille ou à l'avant-veille d'une débâcle ainsi conjurée, pour que la vertu du procédé apparaisse.

De ces considérations sont nés plusieurs systèmes mixtes. On reconnaît que la responsabilité de droit commun ne constitue pas

une sanction suffisante des prescriptions de la loi sur les sociétés par actions. Cette sanction on la cherche ailleurs, tantôt dans des nullités mitigées, tantôt dans des mesures préventives.

I. — *Systèmes répressifs.* — Des auteurs maintiennent simultanément les actions en nullité et en responsabilité, mais avec une double atténuation : la nullité est couverte par l'accomplissement de la formalité omise, ces actions sont prescrites par un délai fort court. M. Lyon-Caen s'est fait le défenseur de ce système devant le Congrès international de 1889 ⁽¹⁾ ; c'est en somme de cette opinion que s'inspire notre réforme de 1893. Nous savons déjà les objections qu'elle soulève.

Aussi a-t-on proposé une autre solution. Les nullités sont nécessaires, soit. Mais s'il est des cas où elles sont éminemment utiles, il en est d'autres où elles ne constituent qu'un grave danger pour la société. Le législateur est incapable de discerner ces hypothèses, de poser une règle fixe dont l'application permette au juge de distinguer les circonstances où l'annulation doit être prononcée et celles où son refus s'impose. C'est là une question de fait que seuls les magistrats peuvent sainement trancher ; pourquoi dès lors ne pas leur laisser toute latitude ? Il faut substituer la nullité facultative pour les tribunaux à la nullité obligatoire, introduire un article ainsi conçu : « La société *pourra* être déclarée nulle si les conditions essentielles de sa constitution ont été violées ». Cette opinion n'est d'ailleurs que la consécration des principes du droit. Un vieil adage déclare qu'il n'y a pas de nullité sans grief, c'est-à-dire sans un préjudice qu'elle prévient ou qu'elle fait cesser. Il appartient aux juges du fait d'apprécier si ce préjudice existe et par suite s'il est opportun de prononcer l'annulation ; mais il serait singulier que des nullités organisées dans le but de protéger les actionnaires et les tiers deviennent la cause de leur ruine. — Toute la théorie des nullités repose, d'ailleurs, sur cette idée sur la distinction des actes nuls et des actes annulables. En matière de mariage, de faillite, il est des nullités

(1) Congrès, etc., op. cit., p. 90 et suiv.

organisées pour la protection de divers intérêts : la loi laisse le juge souverain appréciateur de leur opportunité (1).

II. — *Systèmes préventifs.* — Des législations étrangères ont cherché ailleurs le moyen de faire observer les règles qu'elles imposent aux fondateurs de sociétés anonymes. Les partisans des systèmes que nous allons exposer, partent tous d'une idée commune, à savoir que la répression, si sévère fut-elle, demeure impuissante à faire respecter la loi. L'expérience prouve que la menace des responsabilités criminelles et civiles, qui pèsent si lourdement sur les fondateurs lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions prescrites par la loi pour la constitution d'une société anonyme, n'engendre pas toujours dans leur esprit une crainte salutaire. Il faut une mesure préventive, un examen préalable, une approbation donnée après vérification et en l'absence de laquelle aucune société anonyme ne pourra se constituer. — Voilà l'idée commune ; voici où les divers systèmes divergent. Selon l'opinion que l'on professe à l'égard des nullités on les repousse ou bien on admet qu'elles coexistent avec l'examen préventif.

En Allemagne une société anonyme n'acquiert d'existence légale que par sa transcription sur les registres du commerce (for erfolgter eintragung in das handelsregister besteht die actiengesellschaft als solche nicht) (2). Cette mention n'est opérée qu'après examen des statuts par le *registerichter* ; mais elle couvre toutes nullités. Si, malgré cette vérification préalable, la société est entachée de quelque irrégularité, la nullité ne peut en être prononcée, mais les fondateurs sont responsables du préjudice causé par le vice constitutif. Ce même système est consacré dans l'avant projet de loi rédigé par M. Albert Nyssens pour le grand-duché de Luxembourg (3) : MM. Nyssens et Jacquand ont défendu cette opinion au Congrès international de 1889 (4).

D'autres, sans méconnaître l'utilité de cet examen préalable,

(1) En ce sens : VAVASSEUR, article dans *Revue des Sociétés*, 1885, p. 220 et suiv.

— BUCHÈRE, Congrès, op. cit., p. 110. — Antoine FAURE, 1^o c^o, p. 116.

(2) Art. 11, de la loi allemande du 18 juillet 1884.

(3) Art. 13, § 3 du projet de loi sur les sociétés, rédigé pour le Grand-duché de Luxembourg.

(4) Congrès, op. cit. p. 96 et s. — 103 et s.

pensent qu'il n'est pas une garantie suffisante de l'observation des prescriptions légales. Les nullités coexisteront donc avec lui et frapperont les sociétés qui auraient passé entre les mailles de ce premier crible. Ce système est suivi en Italie; dans ce pays il faut déposer l'acte constitutif et les statuts au greffe du tribunal civil et les faire approuver en la chambre du conseil ⁽¹⁾. Cette approbation obtenue, si quelqu'une des conditions constitutives est pourtant omise, la société demeure entachée de nullité et d'une nullité obligatoire ⁽²⁾; de plus les fondateurs sont responsables sans limite et solidairement de tout le passif social. On comprend maintenant que, parmi toutes les législations, la législation italienne est celle qui prend le maximum de précautions pour réprimer les fraudes auxquelles donne lieu la constitution de sociétés anonymes. La moralité de bien des financiers de ce pays ne justifie-t-elle pas cet excès de rigueur?

Tels sont les divers systèmes qui ont été proposés pour résoudre ce difficile problème : *quel est le moyen le plus efficace d'assurer l'observation des devoirs que la loi impose aux fondateurs de sociétés anonymes*. Nous sera-t-il permis d'exposer une solution que nous puissions dans ces opinions multiples en empruntant à chacune ce qu'elle nous semble contenir de meilleur? Notre système se pourrait résumer ainsi : « Les fondateurs d'une société anonyme sont tenus d'obtenir l'approbation du tribunal civil qui l'accorde si les prescriptions légales sont remplies et la refuse dans le cas contraire. Lorsqu'une société, approuvée ainsi qu'il vient d'être dit, est pourtant entachée de quelque vice, la nullité *pourra* être prononcée par les tribunaux. — Les fondateurs sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant du vice constitutif ».

Nous considérons que l'examen préventif auquel se livrerait l'autorité judiciaire présente plus d'avantages que d'inconvénients. Si, grâce à lui, une société ne peut se fonder sans que toutes les conditions constitutives soient remplies, la loi a parfaitement atteint son but qui est d'entourer la naissance des sociétés

(1) Art. 91 du Code du 1^{er} juillet 1884.

(2) Art. 98 du même Code.

anonymes de précautions tutélaires de l'épargne publique. Le problème des nullités est par là même supprimé : il n'est plus possible de violer aucune prescription légale : il ne peut donc plus être question d'une nullité qui repose sur un vice dont l'existence est impossible. Telles seraient du moins les conséquences de cette homologation préalable si l'examen des magistrats pouvait être assez minutieux, assez efficace pour qu'aucune irrégularité ne leur échappe.

Ce système préventif a pourtant rencontré de nombreux adversaires. On a dit d'abord qu'en l'adoptant, on ferait revivre l'autorisation préalable. L'ingérence de l'autorité publique dans l'organisation des sociétés porterait une grave atteinte à l'une des plus précieuses de nos libertés, la liberté d'association. Nous répondons qu'il ne s'agit pas du tout ici de rétablir « l'autorisation préalable ». — Et d'abord cette vérification, elle émanera, non pas de l'administration, non pas même comme on l'a proposé ⁽¹⁾, d'une commission mi-administrative, mi-civile, comité d'entérinement analogue à nos commissions scolaires, mais de l'autorité judiciaire, du tribunal civil. Ou bien encore, si l'on veut éloigner davantage ce spectre de l'Etat dont on a si peur, on s'adressera au tribunal de commerce qui, recruté par l'élection, est parfaitement indépendant vis-à-vis du gouvernement. Mais les juges consulaires ont trop souvent pour leurs électeurs une prédilection inique : commerçants eux-mêmes ils pourraient s'inspirer dans leurs décisions, bien plus de leur intérêt personnel, du désir d'étouffer dès sa naissance une société rivale, que du respect de la loi. Aussi aimerions-nous mieux demander l'homologation préalable au tribunal civil. Quoiqu'il en soit, aucune confusion n'est possible entre cette vérification d'un tribunal et l'autorisation qu'on sollicitait de l'autorité administrative. Si les organes sont distincts leur rôle ne l'est pas moins. Autrefois le conseil d'Etat ne se demandait pas seulement si les prescriptions de la loi avaient été observées : il recherchait aussi, dans l'honorabilité des fondateurs et dans toutes les circonstances de fait qui entouraient la naissance d'une société anonyme, quelles étaient ses

(1) En ce sens voir l'opinion de M. d'Hondst. Congrès, op. cit., p. 118.

chances de succès. Cette intervention du gouvernement pouvait paraître à juste titre quelque peu vexatoire. Mais, que demandons-nous ? Un examen émanant de l'autorité judiciaire, examen impersonnel, qui se confinera strictement dans la recherche de l'accomplissement des conditions légales, qui ne portera ni sur l'avenir probable de la société, ni sur son objet, ni même sur l'honorabilité des fondateurs. Y a-t-il rien de vexatoire dans cette recherche ? Ceux-là seuls pourraient s'en plaindre qui voudraient échapper à la loi, constituer une société anonyme en dehors des formes tutélaires édictées par le législateur.

On sent bien que cette objection n'est pas sérieuse et on se réfugie sur un autre terrain. Cette distinction que vous faites, nous dit-on, entre l'homologation judiciaire et l'autorisation préalable donnée par l'administration est exacte, nous le voulons bien ; des jurisconsultes la comprennent. Mais elle n'est pas de nature à être saisie par le gros public. Vous n'empêcherez pas, lorsqu'un tribunal aura reconnu qu'une société peut se constituer, que ce public s' imagine qu'il y a là une espèce de recommandation, de reconnaissance tacite par l'autorité judiciaire que cette société a toutes les chances possibles de succès. Cette apparence trompeuse facilitera les fraudes au lieu de les réfréner. — Admettre que les choses se passeront ainsi, c'est supposer le public bien ignare. Quoi qu'on en dise, il saura fort bien que le tribunal a vérifié si tout est en règle, mais non pas si telle entreprise industrielle ou commerciale sera florissante. Et cette distinction il la fera d'autant mieux qu'elle sera plus connue, que le système de l'homologation judiciaire aura fonctionné plus longtemps ; la pratique formera bien vite l'éducation du public.

On nie alors l'efficacité de cette homologation judiciaire. Il est impossible, prétend-on que le tribunal vérifie sérieusement si la société est régulièrement constituée. Constatera-t-il la souscription intégrale ? Mais comment voulez-vous qu'il sache si les souscriptions sont sérieuses ou non : fera-t-il une enquête, interrogera-t-il chaque souscripteur sur la sincérité de la souscription faite en son nom ? Mais c'est alors une procédure terriblement difficile et coûteuse ; ce sont des longueurs funestes ; vous apporterez à la constitution des sociétés anonymes un obstacle si péni-

ble à franchir, que les capitaux abandonneront cette forme pourtant si puissante d'association. Le remède est plus terrible que le mal. — Les magistrats rechercheront-ils si la quotité légale a été réellement versée ? Et, afin de rendre sérieuse cette vérification, la loi exigera-t-elle la présentation matérielle au tribunal des capitaux versés ? Les fondateurs montreront des fonds si on l'exige, mais ils seront rapportés immédiatement dans la caisse du banquier qui les aura prêtés pour quelques instants. — Declare-t-on que ces versements doivent être faits dans une caisse publique d'où ils ne sortiront que pour être remis aux administrateurs nommés par l'assemblée générale des actionnaires ? Mais ces administrateurs sont justement les fondateurs qui ont traité avec des banquiers complaisants : les capitaux ne demeureront pas davantage à la disposition de la société, car, dès leur entrée en fonctions, ses mandataires les restitueront aux financiers qui les ont momentanément prêtés.

Et les tribunaux peuvent d'autant moins vérifier l'accomplissement des conditions légales que les débats ne sont pas contradictoires. Lorsqu'un fondateur viendra affirmer que le capital social est intégralement souscrit ou que le versement exigé par loi est effectué, lorsqu'il produira à l'appui de ces affirmations des pièces plus ou moins falsifiées, mais en apparence parfaitement régulières, ces allégations inexactes ne rencontreront aucun contradicteur puisque, nous l'avons reconnu, les actionnaires sont trop nombreux pour être mis en cause. Et c'est à cette homologation délivrée par une juridiction gracieuse, en dehors de tout débat contradictoire que vous allez accorder une autorité absolue, telle qu'elle couvrira toutes les nullités de la société désormais inattaquable ? C'est pourtant une règle générale, sans exception dans notre droit parce qu'elle est éminemment protectrice de l'intérêt des tiers que, toutes les fois qu'une homologation n'est pas contradictoire, elle peut donner lieu à contestation.

Il serait puéril de méconnaître d'une manière absolue la portée de ces objections. Mais nous ne croyons pas qu'elles doivent faire rejeter le système de l'homologation préalable ; elles en démontrent seulement l'insuffisance. Quoi qu'on en ait dit, l'homologation judiciaire assure, dans une certaine mesure, l'accomplissement des

prescriptions légales. L'expérience qu'en a faite l'Allemagne est une preuve de son efficacité. Nous en puisons une autre dans l'avis d'hommes, à l'opinion desquels une haute compétence et une longue pratique des affaires confèrent un poids tout spécial. Ce système préventif, c'est celui que M. Jacquand a exposé dans son livre sur le « projet de loi des sociétés » ; c'est celui qu'ont défendu au Congrès de 1889, MM. Jacquand et Nyssens. Sans doute, s'il fallait recourir à des formalités, à des expertises longues et coûteuses, paralyser pendant des mois l'initiative industrielle et commerciale, mieux vaudrait s'en tenir à l'état actuel de la législation. Mais ce n'est pas ainsi que nous entendons la réforme. L'essentiel, et tout le monde en convient, c'est de vérifier la souscription intégrale et le versement légal. Parmi toutes les sociétés qui, depuis le krack de 1882 ont sombré sous le coup de la nullité, il n'en est pour ainsi dire aucune dont l'encaisse originaire ait été conforme aux déclarations faites ⁽¹⁾. Ce serait déjà un fort beau résultat que d'assurer ce versement régulier. Si d'ailleurs la quotité légale est régulièrement versée on pourra en conclure, presque à coup sûr, que les souscriptions ont été légalement faites.

Or, est-il si difficile d'obtenir ce résultat ? Pourquoi n'obligerait-on pas les fondateurs de sociétés anonymes à déposer le montant des versements effectués à la Caisse des dépôts et consignations, ou dans toute autre maison de banque connue. La vérification du tribunal deviendrait dès lors facile : elle résulterait d'un récépissé délivré par la maison dépositaire et constatant qu'elle délient telle somme, montant du premier quart ou de la totalité du capital social, à la disposition de qui de droit. Serait-il donc si difficile que le Tribunal rende un jugement en ces termes ⁽²⁾ :

« Le Tribunal

Vu la demande en homologation présentée par X..., en qualité de fondateur de la société Y.

Attendu qu'il résulte

1^o D'un certificat délivré par le Procureur de la République en

(1) Article de M. Nan, dans *Revue des Sociétés*, 1890, p. 166.

(2) Congrès, etc., op. cit., p. 106.

date du que ce magistrat ne fait point opposition à la société dont l'homologation est demandée.

2° D'un reçu, que le capital a été intégralement souscrit par plus de sept personnes.

3° D'un récépissé de la Caisse des dépôts et consignations (ou de telle maison de banque connue), que celle-ci tient telle somme à la disposition de qui de droit.

etc.

Par ces motifs,

Le tribunal jugeant en dernier ressort, homologue la constitution de la société X, la déclare définitivement constituée, etc.

Nous ne prétendons pas que ce jugement prouverait, d'une façon absolument certaine, que toutes les prescriptions légales ont été observées. Mais la nécessité pour les fondateurs de soumettre à l'appréciation du tribunal la constitution de la société, leur inspirerait une crainte salutaire. On ne peut même nier que cette exigence permettrait aux tribunaux de contrôler la plus importante des conditions constitutives. Le reçu délivré par la banque de dépôt constate l'existence des fonds versés. Sans doute des fraudes demeurent possibles : des fondateurs trouveront à emprunter un capital qu'ils déposeront provisoirement, quittes à le retirer aussitôt la société constituée et à le restituer au prêteur complaisant. Mais outre que les souscriptions fictives, les versements fictifs proprement dits, c'est-à-dire qui ne correspondent à aucune encaisse même simulée de capital, seront impossibles, outre que les fondateurs ne trouveront pas si aisément qu'on semble le croire ces banquiers complaisants, les détournements auxquels on fait allusion ne pourront être l'œuvre que des administrateurs régulièrement désignés, car c'est à eux seuls que la banque de dépôt remettra les fonds ; ces fraudes n'interviendront par conséquent qu'après l'entrée en fonctions des commissaires de surveillance, dont le contrôle, qu'il serait d'ailleurs utile d'étendre, réfrènera ces agissements. D'autre part, ceux-ci constitueront un abus de confiance que le Code pénal (art. 408) punit sévèrement. — Enfin on se plaint que le jugement d'homologation ne soit pas contradictoire ; mais pourquoi n'aurait-il point ce caractère ? Lorsque, par exemple, des souscripteurs prétendent

que, malgré l'apparence, le quart ⁽¹⁾ du capital social n'a pas été sérieusement et définitivement versé, pourquoi ne leur permettrait-on pas de faire dans un certain délai, opposition à l'homologation, soit par l'intermédiaire du procureur de la République, soit directement par un dire consigné sur un registre tenu à cet effet au greffe du tribunal ?

En somme, nous pensons que l'on a beaucoup exagéré les inconvénients de l'homologation préalable, sans en voir assez les avantages. Elle est de nature à faire observer les conditions auxquelles la loi soumet la constitution d'une société anonyme ; pourquoi le législateur se priverait-il de cette garantie ?

Nous ne prétendons pas d'ailleurs qu'elle soit suffisante. Des fondateurs tromperont le tribunal chargé d'accorder l'homologation ; des fraudes usitées aujourd'hui demeureront possibles, et ne le seraient-elles plus qu'on en inventerait de nouvelles. Les aventuriers de la finance ne sont pas si à court d'expédients. Il faut donc qu'une sanction répressive subsiste. Elle consistera d'abord dans la responsabilité des fondateurs et administrateurs, limitée d'ailleurs au préjudice causé. Bien que la loi italienne ait admis récemment ⁽²⁾ que cette responsabilité s'étendrait à tout le passif social, l'iniquité de cette solution avait soulevé en France une unanime réprobation à laquelle la loi de 1893 est venue donner satisfaction.

Subsisteront aussi les nullités : mais elles seront facultatives pour les tribunaux. Nous savons bien les reproches que l'on adresse aux nullités : une fois la société fondée, les actions répandues dans le public, le trafic social mis en œuvre, et des liens d'obligations noués à l'infini, ce n'est pas sans un préjudice sérieux et sans faire subir des pertes à tous les intéressés que l'on arrive à détruire le passé. Rien de plus dangereux qu'une nullité inopportune. Mais il est des cas, nous l'avons montré, où elle est éminemment utile. Le péril, ce n'est point la nullité, c'est son inopportunité. Faut-il annuler une société ou la laisser subsister ? A cette question le seul juge du fait peut répondre. Pourquoi dès

(1) Ou la totalité du capital social, d'après les distinctions que fait la loi. Nous avons déjà insisté sur ce point.

(2) Code italien du 1^{er} janvier 1884.

lors lui refuser ici une faculté d'appréciation que la loi lui confère si souvent ? L'arbitraire de la magistrature ? Mais il est éclairé par les faits, par les circonstances ; il est bien préférable, en l'hypothèse, aux décisions nécessairement aveugles du législateur. Cet arbitraire tant redouté, il est d'ailleurs écrit en toutes lettres dans cette même loi de 1867 ; son article 8 déclare « qu'en cas de nullité de la société en commandite par actions, les membres du conseil de surveillance *peuvent* être déclarés responsables du préjudice causé ». Cet arbitraire, mais il est consacré par le Code civil lui-même qui (art. 1353) recommande si sagement de faire appel aux lumières et à la prudence du magistrat.

Homologation préalable, nullités facultatives, responsabilité des fondateurs, telles sont en somme, à notre avis, les sanctions par lesquelles une bonne législation doit assurer l'observation des devoirs qui incombent aux fondateurs de sociétés anonymes.

TROISIÈME PARTIE

Des droits des fondateurs de sociétés anonymes.

La constitution d'une société anonyme fait peser sur ceux qui l'entreprennent une charge si lourde qu'il ne se trouverait point d'hommes pour diriger cette œuvre difficile, s'ils n'étaient attirés et soutenus par la perspective de gains importants qui rémunéreront largement leurs laborieux efforts.

Le plus souvent, d'abord, les fondateurs contribuent pour une bonne part à la formation de l'actif social ; par leurs apports en nature, en industrie ou même en numéraire, ils constituent la majeure partie du fonds d'exploitation. Ces apports sont rémunérés par des actions dont la valeur nominale est, ou plutôt devrait être, exactement égale à l'estimation pécuniaire de ces divers éléments ; tous ces titres représentent une quote-part du capital social.

Mais il est légitime que les fondateurs soient plus généreusement récompensés. Ils ont couru des chances de perte considérables : leur tentative pouvait échouer, les frais d'organisation leur rester en compte, leur travail de constitution demeurer sans salaire. Ajoutez à ces dangers celui d'une responsabilité qui pèse si lourdement sur eux lorsque la société vient à être annulée. L'équité exige donc que ces chances de perte, ces périls, soient balancés par des chances de gain qui consistent dans la perspective de se faire attribuer certains avantages dans la société. Les titres qui assurent cette dernière rémunération coexistent avec les actions qui sont remises aux particuliers dont les apports de toute espèce ont formé l'actif social. Mais, à raison de leur origine, ces titres peuvent être classés dans une catégorie spéciale ; nous y rangerons aussi ceux qui ont pour but de payer les services que les fondateurs rendent à la société au cours de sa constitution ;

ces titres non plus ne représentent aucune portion de l'actif social. *L'actif d'une société comprend en effet les ressources dont elle peut disposer au cours de son fonctionnement, mais non pas les frais et les travaux qui ont eu pour unique résultat de la former.* Ces dépenses ont été absorbées entièrement par son organisation ; elles ne représentent plus, au jour de la constitution, au jour où l'être moral naît, aucune valeur effective dont il puisse disposer. Dira-t-on, par exemple, que les frais d'expérimentation, d'impression, de publicité, etc., forment une partie du capital social ; demandez à un banquier s'il avancerait des fonds sur cette seule garantie.

A cette différence d'origine correspond une différence de nature. La valeur nominale des titres qui ne rémunèrent aucune mise constitutive d'une partie du capital social ne saurait figurer dans son évaluation. On conçoit une société au capital de 50,000 francs qui émet 100 actions de 500 francs, dont 90 pour rémunérer les apports susceptibles d'être utilisés au cours de l'exploitation et 10 pour payer les frais d'organisation et compenser l'alea ; mais une telle société serait illégale ; le capital social ne serait pas intégralement souscrit, puisqu'il comprend 5000 francs dont en réalité elle ne disposera jamais. Il est donc de toute nécessité d'assurer la rémunération de certaines prestations qui n'entrent pas dans la composition de l'actif social par des titres dont la valeur nominale ne figure en aucune manière dans le chiffre total du capital social. La société que nous citons tout à l'heure comme exemple, se formera au capital de 45,000 francs, représenté par 90 actions de 500 francs ; des titres *sui generis* seront en outre distribués aux organisateurs pour une somme de 5000 francs.

Parmi les titres que reçoit un fondateur-apporteur, on peut donc, d'après leur destination, distinguer deux grandes catégories : les uns rémunèrent ceux de ses apports qui entrent dans la composition de l'actif social, les autres payent d'autres services ou compensent un alea.

Cette classification, très précise en théorie, dirigera nos recherches. Elle se reflète d'ailleurs dans la pratique : à notre première catégorie correspondent les actions d'apport, à la seconde les parts de fondateurs. Mais si les grandes lignes de notre classification demeurent parfaitement distinctes, les traits de détail s'estompent,

se rejoignent et se confondent parfois. Il arrive que les mêmes titres sont employés pour rémunérer les apports des fondateurs, leur travail de constitution et les chances de perte qu'ils ont courues. Cette confusion n'est pas sans danger. Elle sert à cacher sous le voile de l'équité des combinaisons illégales. Il est admissible ⁽¹⁾, dit-on, que les apports en nature soient légèrement majorés en vue de récompenser raisonnablement les intermédiaires et de balancer certains frais de constitution. Mais, outre que cette majoration, même légère, abuse les tiers sur les ressources dont la société jouit réellement, cette considération d'équité fournit aux fondateurs de sociétés anonymes un argument dont ils abusent pour justifier la majoration scandaleuse de leurs apports. Aussi, serait-il désirable, pour enlever tout prétexte à cette pratique, qu'il y eût autant de titres différents que de sources légitimes de bénéfices. Il semble que ces idées aient fait quelque progrès : autrefois, on ne connaissait guère que les actions d'apport qui étaient employées à tous les usages ; depuis, on a inventé les parts de fondateur. Les premières représentent la portion de l'actif social, dont les fondateurs ont fait apport à la société ; les secondes servent à solder les travaux et les dépenses de constitution et à compenser les chances de perte et de responsabilité. Mais, depuis quelques années, des parts de fondateur sont émises pour rémunérer des apports en nature ⁽²⁾ ; la confusion se produit en sens inverse ; et *nous ne sommes pas encore arrivés à cette spécialisation parfaite*, pourtant si souhaitable, de la rémunération. Mais, étant dans la nature des choses, cette distinction s'est déjà imposée avec assez d'autorité dans la pratique pour que nous puissions en faire la base de nos développements.

LIVRE I. — DES TITRES ATTRIBUÉS AUX FONDATEURS EN REPRÉSENTATION DE CEUX DE LEURS APPORTS QUI FORMENT UNE PARTIE ALIQUOTE DU CAPITAL SOCIAL.

Avant d'aborder l'étude de ce livre, nous ferons sur sa rubrique une remarque de terminologie. Le mot apport, *lato senso*, désigne

(1) *Revue des Sociétés*, 1885, p. 609.

(2) *Infra*, L. II. Chap. II.

tous les services qui sont rendus à la société, ceux-là même qui, comme les frais que l'organisation de l'entreprise absorbe entièrement, ne *correspondent plus à aucune ressource effective dont les administrateurs puissent disposer au cours de l'exploitation*, ceux-là même, en d'autres termes, qui ne font pas partie de l'actif social. Il eût donc été inexact d'intituler cette division : « Des titres représentant un apport effectué par les fondateurs » ; cet intitulé eût été trop compréhensif : la précision un peu ardue que nous avons donnée à notre rubrique s'imposait.

Parmi les titres attribués aux fondateurs en représentation de ceux de leurs apports qui forment une partie aliquote du capital social, les principaux sont : les actions d'apport, les actions de priorité, et les actions dites à prime dont les fins sont d'ailleurs multiples.

CHAPITRE I. — *Des actions de fondation ou d'apport.*

L'actif d'une société anonyme se compose de toutes les ressources que les associés mettent à sa disposition pour les besoins de son exploitation. Il embrasse donc tous les apports, soit en numéraire, soit en nature. Ceux-ci comprennent eux-mêmes des apports en capital (une maison, un brevet d'invention) et des apports en industrie (l'activité industrielle, le crédit commercial).

Il est évident que les fondateurs peuvent faire à la société qu'ils créent l'une quelconque de ces mises ; s'ils souscrivent des actions en numéraire, leur situation ne présente rien de particulier ; son étude sortirait de notre cadre. Nous y faisons au contraire rentrer les actions d'apport. *Lato sensu* elles correspondent à des apports en nature, soit en industrie, soit en capital. On les appelle aussi actions de fondation, parce qu'elles sont le plus souvent attribuées à des fondateurs de la société. Cette considération, et celle aussi que ces titres obéissent à une réglementation spéciale dont l'analyse ne laisse pas que d'être fort délicate, nous ont déterminés à porter sur eux notre attention.

Les actions d'apport, dans l'acception large du mot, rémunèrent, avons-nous dit, les mises en nature, en capital comme en industrie ; mais cette dernière fonction est plus spécialement réservée à celles

d'entre elles que l'on nomme « actions industrielles ». A raison de leur nature, elles sont soumises à quelques prescriptions particulières que nous étudierons à la fin de ce chapitre sous forme d'observation.

L'étude des actions de fondation soulève trois questions principales :

- I. Quels apports elles rémunèrent.
- II. A quelles conditions elles peuvent être émises.
- III. Quels droits elles confèrent.

Titre Premier

Quels apports elles rémunèrent.

Les actions de fondation sont remises à ceux qui effectuent des apports en nature ; la loi ne fixe pas limitativement leur consistance. Mais il est deux règles générales qui résultent de la nature même des choses : pour qu'il y ait apport en nature il faut évidemment que cet apport soit sérieux et aussi qu'il ne consiste pas en numéraire ou en quelque titre assimilable.

La question de savoir si telle mise est ou non fictive est une question de fait. Serait par exemple fictif, l'apport effectué par un fondateur d'un immeuble acheté par lui mais dont le paiement, devenu une charge sociale, n'a été effectué qu'à l'aide d'un emprunt contracté par la société ⁽¹⁾. Mais la mise serait sérieuse, si la société était seulement chargée de faire l'avance de ce prix dont le fondateur resterait débiteur vis-à-vis d'elle ⁽²⁾. Lorsqu'un apport est simulé, la société est annulable, car son capital social n'est pas intégralement souscrit puisqu'il faut en déduire toute la valeur attribuée à cette mise ⁽³⁾. Cette solution est plus certaine encore depuis la loi de 1893 qui exige la libération totale des actions d'apport, au moment où la société se constitue : dans notre hypothèse, cette condition constitutive n'est pas remplie.

Pour qu'il y ait apport en nature, il faut en second lieu qu'il

(1) Req. 14 juin 1887. *Revue des Sociétés* 1887, p. 422. — D 87. I. 417.

(2) Tribunal Seine, 8 juin 1883. *Revue des Sociétés* 1883, p. 730.

(3) VAVASSEUR. op. cit n° 416 bis — Paris 5 décembre 1881. D. 85. II. 355.

ne consiste pas en numéraire (y compris les billets de banque) ou en quelque autre valeur qui, par sa réalisation sûre, facile et prompte, soit assimilable à de la monnaie (1).

Sauf cette double restriction, toute chose peut faire l'objet d'un apport en nature. Il peut même être représenté par le crédit commercial ou par l'industrie d'un associé. Mais ces apports présentent ce caractère spécial qu'ils ne peuvent être versés à la société d'un seul coup, et que les prestations qui les constituent sont nécessairement successives. De là dérivent, tant au point de vue de l'émission des titres qui les rémunèrent que des droits conférés par ces titres, des règles particulières dont nous avons renvoyé l'examen à la fin de ce chapitre.

Titre second.

A quelles conditions elles peuvent être créées et transmises.

C'est aux fondateurs, rédacteurs des statuts, qu'incombe tout naturellement la mission d'apprécier la valeur des apports en nature et de fixer le montant des actions qui sont émises pour les représenter ; en sorte que ces fondateurs, qui sont en même temps les principaux des apporteurs en nature, se trouvent à la fois juges et parties dans leur propre cause. Aussi, afin d'augmenter leur rétribution, ont-ils une tendance bien explicable à exagérer la valeur de leurs mises : cette manœuvre s'appelle la *majoration des apports*. Elle préjudicie aux souscripteurs et aux cessionnaires d'actions en numéraire qui sont privés, dans la répartition des bénéfices, de tous ceux qu'absorbe la rémunération de cette plus-value. Les créanciers sociaux aussi ont à souffrir de cette majoration : s'ils avaient connu le montant exact du capital social, peut-être n'auraient-ils pas fait à la société des avances que son actif ne suffit pas à rembourser.

Depuis que les sociétés anonymes existent, le législateur a toujours cherché le moyen de parer aux graves dangers que nous venons de signaler. Bien des systèmes ont été proposés pour réfréner la majoration des apports : après avoir étudié notre légis-

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., II, p. 502.

lation actuelle, nous rechercherons s'il n'y aurait pas lieu de la modifier sur certains points et d'y introduire quelques réformes que nous voyons fonctionner avec succès à l'étranger.

SECTION I. — *Législation actuelle.*

L'émission des actions de fondation est soumise aujourd'hui, en France, à deux séries de conditions. Les unes, déjà anciennes, consistent dans les formalités prescrites pour l'approbation des apports en nature; les autres, édictées pour la première fois par la loi du 1^{er} août 1893, sont la libération intégrale des actions de fondation et l'impossibilité temporaire de les négocier.

§ I. — *Approbation des apports en nature.*

Sur ce point, la loi de 1867 (art. 4 et 24) reproduit, avec quelques modifications, le système de la loi du 17 juillet 1856 (art. 4) qui consiste à soumettre à l'assemblée générale des actionnaires, l'appréciation de l'importance des apports en nature. Des précautions sont prises pour que cette appréciation soit faite en connaissance de cause. Dans ce but, la loi exige la réunion de deux assemblées générales; elles sont nécessaires toutes deux, lors même que la première assemblée se jugerait suffisamment éclairée pour approuver *de plano* les mises en nature effectuées par les fondateurs. Le législateur entend protéger les souscripteurs contre une précipitation dangereuse (1).

Dans la première assemblée ils entendent les explications des fondateurs et, s'ils le jugent convenable, nomment parmi eux une commission chargée de s'entourer de tous les documents nécessaires pour faire son rapport et donner son avis lors de la prochaine réunion. Cette expertise est d'ailleurs facultative, et les formes en lesquelles il y sera procédé sont laissées au choix de la première assemblée. La seule obligation qui lui incombe est de « faire apprécier la valeur des apports stipulés » : elle peut donc se contenter de les faire apprécier par les fondateurs-apporteurs.

La seconde assemblée ne peut être tenue que cinq jours au

(1) DALLOZ, Répertoire v^o Sociétés, n^o 1193 — contra Bedarride, op. cit.

moins après la première. C'est une innovation de la loi de 1867 ; on veut mettre fin à des abus qui se produisaient sous le régime de 1856. Les deux assemblées se tenaient le même jour, à quelques heures d'intervalle, les actionnaires n'avaient pas le temps de la réflexion. Cette procédure expéditive était régulière en la forme, mais l'esprit de la loi était faussé.

Le législateur prend une seconde précaution. Un rapport doit être dressé et tenu à la disposition des souscripteurs, cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée. Ainsi d'ailleurs que nous le remarquons tout à l'heure, ce rapport n'émane pas nécessairement d'experts : la première assemblée peut charger l'un quelconque de ses membres, même un fondateur, de le rédiger d'après les seules explications des apporteurs, sans se livrer à un examen personnel de la situation. En fait, ce rapport est presque toujours l'œuvre des fondateurs-apporteurs ; aussi l'expérience a-t-elle prouvé qu'il n'offrait aucune garantie.

Quelles décisions peut prendre la seconde assemblée ? Elle peut certainement prendre deux décisions absolues, approuver ou rejeter l'évaluation des apports en nature telle qu'elle est faite dans les statuts. Mais lorsque les actionnaires paraissent disposés à refuser leur approbation, il arrive souvent que les fondateurs font de nouvelles propositions, réduisent l'évaluation de leurs apports. Quels sont alors les pouvoirs de l'assemblée générale ; a-t-elle le droit d'approuver cette réduction pourvu que la majorité se prononce en ce sens ; ou bien ne peut-elle adhérer à ces nouvelles propositions que si tous les souscripteurs y consentent. Les principes conduisent à cette seconde solution : il s'agit de modifier les conditions dans lesquelles les souscriptions ont eu lieu, de modifier le pacte social, et une convention ne peut être changée que du consentement de tous les contractants.

On objecte que la majorité peut modifier, dans certaines limites, les statuts sociaux (article 31 de la loi de 1867). Outre que cette assertion est fort contestable, le texte ne vise que le cas où la société est constituée ; lors donc qu'il faut accomplir une des conditions constitutives, approuver les apports en nature, la majorité ne jouit pas de ce pouvoir exorbitant. — On insiste. Qui peut le plus peut le moins : si le plus grand nombre a reçu de la loi, inter-

prétative de la volonté des souscripteurs primitifs, le droit d'approuver purement et simplement l'évaluation statutaire, *a fortiori* a-t-il la faculté de consentir une réduction. Cette conclusion nous semble inexacte ; les souscripteurs primitifs ont très bien pu se soumettre à la décision de la majorité qui ratifie l'estimation des statuts, sans pourtant permettre à cette majorité de les enchaîner à la société tout en diminuant cette évaluation. Peut-être n'est-ce qu'à raison de l'importance des apports en nature que ces souscripteurs ont adhéré à l'entreprise ; ils ont entendu se réserver le droit d'en sortir, s'il est établi par une délibération de l'assemblée générale que ces apports n'ont pas la valeur qui leur avait été attribuée.

Mais on soutient alors qu'il résulte de la discussion de la loi au Corps législatif, que la majorité de l'assemblée des souscripteurs jouit du pouvoir dont nous prétendons la priver, qu'en approuvant la réduction des apports proposée par les fondateurs, elle lie la minorité. Voici en effet ce qui se passa dans la séance du 31 mai 1867 ⁽¹⁾. M. Javal avait proposé un amendement tendant à ajouter à l'article 4, un cinquième alinéa ainsi conçu : « à défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation différente ». La Commission de la Chambre fit rejeter cet amendement comme inutile, puisqu'il va de soi que les parties peuvent toujours transiger. Mais alors on discuta sur le point de savoir, s'il pouvait dépendre d'une majorité représentant seulement le quart en nombre et en capital, de modifier la valeur des apports. M. Maire notamment soutint la négative et il dit que si l'article 4 avait un autre sens, il devait être renvoyé à la commission pour être éclairci. Le rapporteur combattit cette opinion et s'opposa au renvoi en soutenant que tout éclaircissement était superflu, qu'évidemment l'unanimité n'était pas nécessaire ; la Chambre refusa en effet de renvoyer l'article 4 à la commission ⁽²⁾.

Enfin, si l'assemblée générale ne pouvait choisir qu'entre l'approbation pure et simple et le rejet des évaluations statutaires,

(1) *Moniteur* du 1^{er} juin 1867.

(2) En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* II, p. 522. — MATHIEU et BOURGUIGNAT. *Commentaire de la loi de 1867*, n° 48. — PONT, n° 1023, *op. cit.*

il arriverait, au grand préjudice des actionnaires, que la majorité prit le premier parti pour ne pas faire échouer un projet de société qui a déjà occasionné des frais considérables et qui présente des chances sérieuses de réussite. En exigeant l'unanimité, on permettrait à l'entêtement ou à la malveillance d'un seul actionnaire de faire manquer un arrangement sérieux et utile.

Ces considérations ne nous semblent pas décisives. Lors de la discussion de la loi nouvelle au Corps législatif, il s'est élevé sur ce point un débat très long, très confus, où l'on peut puiser des arguments pour et contre la solution qui précède et qui, même pour l'esprit le plus attentif (1), a laissé la question indécise et controversée. — Aux considérations pratiques nous répondrons qu'il n'est pas si désirable de voir se constituer une société sous la direction de fondateurs qui n'ont pas craint de majorer leurs apports, et qui sans doute administreraient avec aussi peu de scrupule les affaires sociales : puis, si les inconvénients pratiques, que présenterait notre solution, sont de nature à modifier peut-être la décision du législateur, ils ne devraient en tous cas peser que d'un poids bien plus faible sur l'opinion des juges qui interprètent la loi et ne la font pas (2).

D'ailleurs, afin d'éviter toute discussion à cet égard, les fondateurs pourraient insérer dans l'acte de société une clause, qui autoriserait la majorité de l'assemblée générale à accepter toute diminution, par eux proposée, sur l'évaluation qu'ils ont primitivement donnée à leurs apports en nature. Cette stipulation statutaire lierait la minorité.

Tel est le rôle des deux assemblées chargées d'approuver les apports : comment sont-elles convoquées, et composées ?

La loi ne nous parle pas de leur mode de convocation. Personne pourtant ne soutiendra qu'il faille avoir recours à des actes extrajudiciaires. Le législateur ne méconnaît pas, en matière de commerce, la puissance des usages. Or il y a ici un usage si permanent et si ancien qu'il doit évidemment être suivi : c'est la convocation par la voie des journaux (3). Le principe admis, des

(1) VAVASSEUR, op. cit. n° 408.

(2) En ce sens : Alauzet, op. cit. n° 440. Dalloz. *Répertoire* v° *Sociétés*, n° 1191. — Paris, 13 mars 1862. S. 62. II, 61.

(3) DALLOZ, *Répertoire* v° *Sociétés*, n° 1202.

difficultés peuvent s'élever lorsqu'il s'agit de déterminer les détails de son application : aussi les fondateurs ont-ils la bonne habitude de préciser dans les statuts le mode de convocation.

Les assemblées qui procèdent à la vérification des apports ne sont pas des assemblées d'actionnaires, mais des assemblées constitutives *de souscripteurs*. Aussi les règles statutaires qui régissent les assemblées générales *d'actionnaires* sont en principe étrangères à l'approbation des apports. Toutefois le pacte social les peut déclarer applicables aussi en cette matière. Mais cette liberté de convention subit deux restrictions : pour éviter, dans les assemblées constitutives, l'écrasement des petits actionnaires, un actionnaire seul ne doit pas y avoir, malgré les clauses contraires des statuts et quel que soit le nombre de ses actions, plus de dix voix et moins d'une (loi de 1867, art. 27 2°).

L'assemblée de vérification doit comprendre des actionnaires représentant au moins la moitié du capital social (art. 30 1°). La loi ne se préoccupe pas du nombre des associés. D'ailleurs elle n'indique nullement que la majorité doive représenter une portion minima du capital ou des actionnaires ; aussi (art. 28 1°) *les délibérations seront-elles prises à la seule majorité des voix*, sans rechercher quel capital et quel nombre d'actionnaires elle représente. On a prétendu pourtant qu'il faut exiger « une majorité comprenant le quart des associés et représentant le quart du capital (1) » ; ce serait une conséquence de l'article 24 qui renvoie à l'article 4 de la loi de 1867. Mais ce dernier texte qui vise les sociétés en commandite n'est applicable aux sociétés anonymes qu'autant qu'il n'y est pas dérogé pour elles : or, l'article 28 1° contient cette dérogation cherchée et justifie notre solution.

Ces règles sont communes aux deux assemblées de vérification, sauf toutefois la disposition qui concerne la portion du capital représenté. Il n'est pas nécessaire que la première assemblée qui fixe seulement les procédés de vérification comprenne la moitié du capital social ; il suffit que cette condition soit remplie lors de la seconde réunion. Mais si cette prescription demeure, alors encore, inobservée, une nouvelle convocation s'impose. Cette troi-

(1) Angers 27 janvier 1887. S. 88. I. 417.

sième assemblée approuve valablement les apports par cela seul qu'elle est composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social (art. 30 3°).

Dans tout ceci, le capital social dont la 1^{re} ou subsidiairement le 1/5^e doit être représenté pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à cette vérification (art. 30 2°).

Les fondateurs qui font des apports en nature sont exclus des assemblées de vérification : ils sont trop intéressés à la question pour que la loi leur accorde voix délibérative ; mais ils peuvent prendre part à la discussion pour donner aux votants des explications utiles. Cette exclusion explique la disposition précédente. Si l'on avait fait figurer, dans le capital dont la moitié doit être représentée lors de l'approbation, les mises en nature, cette condition eut été souvent irréalisable : ceux qui les effectuent ne pouvant voter dans les assemblées de vérification, il eût été impossible, lorsque ces mises auraient formé plus de la moitié du capital social, de réunir la majorité légale (moitié du capital, art. 30 1°). — Mais la Cour de cassation pense que « les apporteurs en nature peuvent prendre part, avec voix délibérative, à l'approbation des apports en nature effectués par d'autres personnes » (1) ; l'intéressé seul demeure privé du droit de vote ; l'intérêt est la mesure de l'exclusion, elle a lieu *singulatim*. Cette opinion nous semble inadmissible à cause de ses résultats ; *elle aboutit logiquement à comprendre dans le capital, dont la moitié doit être représentée à la seconde assemblée constitutive, tous les apports en nature*, sauf celui qu'il s'agit de vérifier, puisque, les fondateurs qui effectuent ces mises ayant voix délibérative, il n'est plus à craindre qu'on ne puisse trouver la majorité, en capital, de l'article 30. Or, cette conséquence est en opposition directe avec la généralité des termes de ce texte ; il déclare que le *capital dont s'agit est composé uniquement des apports non soumis à la vérification*, c'est-à-dire qu'aucun de ceux qui doivent subir cette formalité n'entre en ligne de compte.

Les motifs mêmes de la disposition qui dénie aux fondateurs le droit de participer à l'approbation des apports qu'ils effectuent,

(1) Cass. 20 janvier 1892. *Journal des Sociétés*, 92, p. 145.

doivent faire refuser ce pouvoir à ces fondateurs, quand bien même ils effectuent aussi des apports en numéraire ⁽¹⁾. — La combinaison de cette règle avec celle, d'après laquelle la seconde assemblée de vérification doit représenter la moitié ou subsidiairement le cinquième du capital numéraire, a fait naître une difficulté. Ce capital comprend-il uniquement les sommes versées par les actionnaires qui ne font que des mises en numéraire ; ou faut-il joindre à ces versements ceux effectués en espèce par des fondateurs qui font en même temps des apports en nature ? Dans cette dernière hypothèse, la constitution d'une société anonyme est impossible si les fondateurs versent, en même temps que leurs mises en nature, plus des $4/5^{\text{es}}$ du capital numéraire. Si l'on admet, au contraire, la première opinion, on rend possible la constitution de cette société ; mais on donne aux fondateurs le moyen d'échapper aux vérifications prescrites par la loi, car ils trouveront aisément des actionnaires complaisants représentant le $1/5^{\text{e}}$ du capital numéraire ainsi réduit. Ce danger nous paraît devoir faire adopter la première opinion. La loi a, du reste, pris soin d'indiquer le cas unique où elle cède devant une impossibilité de fait (article 4, dernier alinéa) ⁽²⁾.

Telles sont les règles auxquelles est soumise l'approbation des apports en nature. Elles comportent des exceptions. Aux termes de l'article 4 de la loi de 1867, « les dispositions relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société, à laquelle est fait ledit apport, est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis ». Alors, en effet, il eut été impossible de constituer des assemblées de vérification dans les formes légales : toutes les actions sont réparties entre les fondateurs et aucun ne peut prendre part au vote, puisqu'ils sont tous intéressés à la majoration du même apport, dont ils sont copropriétaires par indivis. Cette disposition est une innovation de la loi de 1867 ; la loi du 17 juillet

(1) Cass. 23 février 1888. *Journal du Palais*, 1888, I, 1036 (avec une note de M. J. Lacointa). — Tribunal de commerce de la Seine. *Le Droit* du 12 septembre 1891.

(2) En ce sens : Tribunal de commerce de la Seine. *Le Droit* du 14 juin 1891. — Angers, 27 juillet 1887. S. 88, II, 417. — *Contra* : Paris, 17 novembre 1891. *Le Droit* du 28 novembre 1891.

1856 qui ne contenait pas une telle exception avait empêché la constitution de sociétés anonymes sérieuses entre propriétaires indivis et, plus particulièrement, la transformation de sociétés en participation ou en commandite en sociétés anonymes ⁽¹⁾ : c'est ce danger que la loi de 1867 prévoit et conjure.

Si l'on cherche la base rationnelle de l'exception contenue en l'article 4, on est conduit à la restreindre au cas où la vérification des apports en nature, par l'assemblée des souscripteurs, est matériellement impossible. Mais la règle générale reprendrait son empire et une approbation s'imposerait, si plusieurs personnes propriétaires, non par indivis mais individuellement, de divers biens, les mettaient en société pour les exploiter : il est facile, alors, de procéder à leur estimation contradictoire, puisque les droits des associés étant parfaitement distincts et divisibles, chacun a intérêt à contrôler et à réduire la valeur attribuée aux apports en nature de ses coassociés. Plusieurs décisions judiciaires ont pourtant exclu, dans cette hypothèse, la nécessité de l'approbation ; elles s'attachent servilement au texte de la loi plutôt que d'en rechercher l'esprit ⁽²⁾.

§ II. — *Libération intégrale, non négociabilité temporaire des actions d'apport.*

Nous venons de voir par quels moyens le législateur de 1867 s'était efforcé de réfréner la majoration des apports et de prévenir

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op^e c^o, II, p. 523. — On n'est pas littéralement dans le texte de l'article 4 quand on transforme une société en nom collectif ou une commandite simple en une société par actions : le fonds social de la société primitive est la propriété de l'être moral, et non la copropriété indivise des associés. Aussi peut-on se demander, dans cette hypothèse, s'il y a lieu de procéder à l'approbation des apports faits à la société nouvelle et si cette approbation est possible. Nous estimons, quant à nous, que toute approbation est inutile : c'est justement le cas de transformation qui nous préoccupe qu'on a eu particulièrement en vue dans les travaux préparatoires de la loi de 1867, et c'est pour lui surtout qu'on a fait l'exception de l'article 4. (V. rapport de M. Mathieu au corps législatif. — MATHIEU et BOURGUIGNAT, p. 327, n^o XVIII).

(2) En notre sens : Note de M. Lyon-Caen sous Sirey, 1877, II, 1. — Note de M. Labbé sous Sirey, 1881, I, 5. — Tribunal de commerce de la Seine, 20 juillet 1886. *Le Droit* du 25 juillet 1886. — En sens contraire : Req. 9 novembre 1887, D., 88, I, 202. — Paris, 20 mars 1891. *Revue des Sociétés*, 1891, p. 519.

les dangers dont elle est la source. L'expérience a prouvé l'insuffisance de cette réglementation : aussi la loi de 1893 a-t-elle cherché dans une autre voie.

Pour bien comprendre les réformes qu'elle réalise, il faut savoir en quelles circonstances elle intervint. Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, on s'était demandé si, au lieu d'attribuer aux actionnaires qui font des apports en nature, un nombre d'actions d'une valeur égale à celle donnée à ces apports, on ne pouvait pas leur attribuer des actions d'une valeur supérieure, par exemple valant quatre fois plus, de telle sorte que pour l'excédent l'apport de ces actionnaires consisterait en numéraire. C'était la question des actions mixtes : elle soulevait une vive controverse sur laquelle nous n'avons pas à insister. Qu'il nous suffise de savoir, qu'après un revirement la jurisprudence se prononçait en dernière analyse pour la validité des actions mixtes ⁽¹⁾. Il était donc admis, en pratique, que le versement du premier quart en numéraire n'était pas exigé sur les actions d'apport. Elles étaient considérées comme libérées de ce premier quart par le fait même de l'apport : pour le surplus elles étaient libérées par des versements successifs en numéraire.

En 1884 déjà on voulut réagir contre cette solution ; ses inconvénients furent signalés à plusieurs reprises dans la discussion du projet de loi adopté par le Sénat le 29 novembre 1884. Ces titres, fut-il dit, favorisaient la spéculation et la création de sociétés frauduleuses.

Un industriel ou un commerçant se trouve à la tête d'une entreprise qui périclité ; il sent approcher la faillite. Que fera-t-il s'il ne recule pas devant les moyens malhonnêtes ? Il mettra son affaire en société, affectera même un certain désintéressement en se contentant de recevoir des actions, c'est-à-dire du papier au lieu d'espèces ; il pourra ainsi persuader aux autres actionnaires qui souscrivent des actions en numéraire qu'il s'intéresse au sort de la nouvelle société. Mais dès que celle-ci sera constituée, une réclame habile fera monter le cours des actions. Le fondateur en profitera pour se débarrasser de ses titres et lorsque la réclame

(1) Cass. 22 décembre 1887. *Journal des Sociétés*, 88, p. 307.

aura cessé, lorsqu'on aura pu juger l'entreprise par ses résultats industriels ou commerciaux, on s'apercevra que ce qui avait été apporté en société était une mauvaise affaire, que l'apport avait été fait avec une énorme majoration.

Mais ce danger disparaît-il si l'on exige que les actions d'apport soient délivrées entièrement libérées ? Evidemment non ; mais cette disposition a du moins cet avantage de diminuer considérablement les chances de spéculation. On les quadruplait en délivrant des actions mixtes, libérées du quart seulement par les apports en nature : au lieu de recevoir quatre actions mixtes libérées du premier quart, il faut que le fondateur ne reçoive qu'une action libérée entièrement. C'est ce résultat qu'atteint la loi de 1893 en déclarant que « les actions représentant des apports en nature doivent toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société (nouvel art. 3).

Ce texte fut voté sans difficulté par les Chambres. Mais s'il restreignait les spéculations, il ne les frappait encore pas assez ; elles demeuraient faciles sur les actions d'apport entièrement libérées. Pour conjurer ce danger l'article 7 du projet sénatorial de 1884 portait que les actions d'apport ne seraient négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. Cette disposition est reproduite par le nouvel article 3-2° de la loi de 1867, modifiée en 1893. Cette innovation donna lieu, dans les Chambres, à de vives discussions dont le résumé éclairera l'utilité de cet article. Le projet de loi étant muet à cet égard, M. Poirrier déposa sur le bureau de la commission sénatoriale un amendement conçu en ces termes : « les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. Pendant ce temps, elles devront être, à la diligence des administrateurs, frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution. »

La commission ayant repoussé cet amendement, M. Poirrier le défendit au Sénat en reproduisant ces paroles prononcées par M. Ronjat pendant la discussion de l'article correspondant du projet voté en 1884. « Nous avons pensé qu'une dernière précaution était à prendre, c'était de lier pendant un certain délai, un délai de 2 ans, les apporteurs en nature et de leur dire : malgré la vérifica-

tion faite par l'assemblée nous n'avons pas en vous une pleine confiance et nous exigeons que vos actions restent, non pas précisément indisponibles, mais non négociables pendant deux ans, parce que durant ce temps là, si vous n'avez pas fait un apport sérieux, si ce que vous avez apporté ne vaut rien, si vous avez trompé les actionnaires qui versent en espèces, la fraude sera découverte. . . . et alors vous ne pourrez profiter vous-mêmes de la fraude que vous avez organisée.» — A ces arguments présentés par M. Poirrier en 1893, le commissaire du gouvernement objectait : « Il s'agit de frapper d'inaliénabilité pendant deux ans toutes les actions qui représentent les apports faits en nature. C'est aller beaucoup trop loin. Il est bien entendu que, si nous voulons protéger l'actionnaire contre les fraudes possibles, nous ne voulons pas rendre plus difficile la constitution de sociétés honnêtes. C'est pourtant à ce résultat que vous arriverez si l'amendement de M. Poirrier est adopté. . . . Voici un industriel honnête, loyal, qui apporte en société une usine qui le plus souvent constitue toute sa fortune ; si vous décidez que les actions d'apport qui lui seront attribuées seront, pendant deux ans, attachées à la souche et ne pourront pas être négociées, vous immobilisez tout son actif ⁽¹⁾. »

MM. Poirrier et Lucien Brun répondirent victorieusement à ces objections. Ils dirent en substance que le fondateur pourra emprunter sur les actions d'apport qui lui sont attribuées ; que d'ailleurs, il ne faut pas confondre, comme semble le faire la commission du

(1) On ajoute que l'immobilisation bi-annuelle des actions de fondation apporte un grave obstacle à la constitution des sociétés anonymes et que ce n'est pas au moment où les capitaux ont déjà une tendance funeste à s'écarter de l'anonymat qu'il convient de les éloigner encore davantage de cette forme si féconde d'association. Ces considérations développées au Sénat en 1884, puis en 1893, reprises ensuite par divers auteurs (LYON-CAEN et RENAULT. Loi 1893 n° 21) et publicistes ont déterminé un courant d'opinion favorable à la négociabilité immédiate. Ce courant a d'ailleurs rencontré une vive opposition ; il a pourtant influé, dans une certaine mesure, sur la commission de la Chambre des députés qui examine la proposition de loi tendant à la création d'actions de 25 francs : conformément à un amendement de M. Naquet, cette commission est d'avis d'autoriser la négociation immédiate des actions d'apport lorsque l'apport est fait à une société pré-existante (*Revue des Sociétés* 1896 ; p. 193). Nous nous réservons d'insister plus bas sur la portée de cette réaction contre la non-négociabilité, deux ans durant, des actions d'apport.

gouvernement, l'inaliénabilité des titres avec leur non négociabilité pendant une courte durée. Ce que proscriit l'amendement, c'est la négociation par les voies rapides et propres à la spéculation du transfert et de la tradition ; mais la transmission des actions d'apports par les procédés du droit civil peut être effectuée à toute époque par les fondateurs-apporteurs. Il est donc inexact de dire que la mesure proposée aurait pour résultat de rendre ces titres inaliénables.

Ces raisons prévalurent et l'amendement proposé par M. Poirrier fut introduit dans la loi de 1893 (nouvel art 3). Ainsi, suppression des actions mixtes, en d'autres termes, obligation de ne délivrer les actions d'apport qu'entièrement libérées, et non négociabilité de ces actions pendant 2 ans après la constitution définitive de la société : telles sont les deux réformes par lesquelles le législateur de 1893 s'est efforcé de refréner les abus dont les majorations scandaleuses des apports en nature étaient la source.

La loi de 1893 édicte ensuite quelques mesures complémentaires destinées à assurer l'observation de ces deux réformes : l'article 3 nouveau exige d'abord que les actions d'apport ne soient pas détachées de la souche pendant deux ans et que, durant ce même délai, elles soient frappées d'un timbre indiquant la nature de la société et la date de sa constitution.

Quelle est la sanction de ces diverses dispositions ? Si les statuts portent que les actions d'apport ne seront pas libérées intégralement au moment de la constitution de la société ou qu'elles seront négociables avant l'expiration du délai de deux ans, il est certain que la société est nulle. La même solution s'impose si, en l'absence même de toute clause illégale insérée dans les statuts, les actions d'apport ne sont pas, en fait, complètement libérées au moment où la société se constitue. — Mais la négociation d'une action d'apport, détachée de sa souche avant que le délai légal de deux années se soit écoulé, donnerait-elle lieu à l'annulation ? Nous ne le croyons pas. Il serait exorbitant que le fait d'un seul actionnaire contrevenant à la loi pût entraîner la nullité de la société (1). Et qu'on n'objecte pas que l'article 42 prescrit à peine

(1) LYON-CAEN et REAULT, *op. cit.* II, § 780, notes 1 et 2.

de nullité toutes les conditions édictées par l'article 3. Car l'article 42 joue en matière de sociétés anonymes le même rôle que l'article 8 en matière de commandite ; or ce dernier texte ne prononce la nullité de la société que si elle a été *constituée* contrairement aux prescriptions de l'article 3 ; et l'on ne peut dire qu'une société est irrégulièrement constituée, lorsque, formée en parfaite conformité avec la loi, elle n'encourt qu'un reproche, à savoir qu'un de ses titres a été négocié trop tôt.

Telle est, dans ses grandes lignes, la réglementation à laquelle le législateur de 1893, a soumis la négociation des actions d'apport. Bien que de date récente, ces dispositions ont déjà donné lieu dans la pratique à plusieurs difficultés, tant est vivante et actuelle la matière qui fait l'objet de cette étude. L'interdiction temporaire de négocier s'applique incontestablement à toutes les actions d'apport correspondant pour le tout à des apports en nature, et ce, alors même que le capital se composerait uniquement d'apports en nature. Sur ce point, pas de doute. — Mais cette prohibition vise-t-elle également les actions mixtes, c'est-à-dire les titres correspondant pour partie à un versement en numéraire et pour partie à un apport en nature ? L'affirmative nous paraît conforme à l'esprit de la loi. Les actions mixtes, en effet, se prêtent aux mêmes majorations frauduleuses, aux mêmes pratiques d'agiotage que les actions d'apport ordinaires. De plus, si ces actions étaient négociables dès la constitution de la société, comme les actions de capital, il serait trop facile de tourner la prohibition en obligeant les apporteurs à un versement en numéraire insignifiant. Une telle clause deviendrait rapidement de style et la loi serait éludée (1).

Le texte légal contient une lacune bien plus difficile à combler. Il semble ne viser que les actions délivrées en représentation des apports originaires, puisqu'il ne permet leur négociation que « deux ans après la constitution définitive de la société ». Dès lors quelle solution adopter si des actions sont émises pour rémunérer des apports en nature, faits au cours de la société, par voie d'aug-

(1) LYON-CAEN et RENAULT, Appendice n° 23. — GENEVOIS, op. cit. p. 77. — BOUVIER BANGILLON, p. 140. — Sur la question de savoir si la prohibition s'applique aux actions industrielles, V. *infra* observation.

mentation du capital social? La réponse à cette question dépend de l'opinion que l'on adopte sur le point de savoir si l'augmentation du capital est soumise aux mêmes règles que la constitution de la société. Or, à cet égard, nous estimons avec la jurisprudence et la majorité des auteurs ⁽¹⁾ qu'il y a entre les deux situations une analogie si puissante qu'elle impose l'accomplissement des mêmes formalités et l'observation des mêmes règles, parmi lesquelles l'immobilisation bi-annuelle des actions d'apport. « Attendu, lisons-nous dans un jugement du Tribunal de commerce de la Seine ⁽²⁾, qu'à quelque époque qu'elles se réalisent, les augmentations du capital social sont soumises aux mêmes prescriptions d'ordre public que l'émission du capital originaire; que ce capital et le capital nouveau étant, aussi bien que l'autre, le gage des tiers, leur constitution peut offrir le même danger et doit être entourée des mêmes garanties. . . . par ces motifs. . . Déclarons non négociables, pendant deux ans à partir de leur émission, les actions représentant des apports en nature effectués au cours de la société. »

La question se complique s'il s'agit d'une augmentation de capital réalisée actuellement par une société constituée avant la loi de 1893. En ce cas nous pencherions à déclarer ces actions immédiatement négociables. Ceci est pour nous une conséquence de ce principe que l'augmentation du capital doit être faite suivant les lois en vigueur lors de la constitution de la société ⁽³⁾.

Des difficultés d'un autre ordre se présentent lorsqu'on cherche à déterminer la portée exacte de la prohibition. L'article 3 modifié en 1893 ne se réfère qu'à la négociabilité des titres; la cession

(1) Cass. 14 novembre 1876, S., 1878, 1, 201. — LYON-CAEN et RENAULT, op. cit n° 870.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 6 novembre 1895. *Revue des Sociétés*, 96, p. 16. — Nous rappelons que la commission, chargée par la Chambre des députés d'examiner la proposition de loi tendant à la création d'actions de 25 fr., a admis un amendement de M. Naquet, tendant à autoriser la négociation immédiate des actions d'apport, lorsque l'apport est fait à une société préexistante. Au moment où le capital social est augmenté, la société a déjà fait ses preuves et peut se passer de la tutelle législative. Telle est du moins l'opinion de la majorité des membres de la commission. Voir sur ce point le début de ce paragraphe.

(3) Cass. 12 février 1879, S. 79, I, 217. — FAURE, *Commentaire de la loi du 1^{er} août 1893*.

des actions de fondation par les voies civiles demeure licite comme auparavant. Mais, en exigeant que les actions d'apport restent à la souche pendant deux ans, l'article 3 ne prohibe-t-il pas implicitement leur mise en gage ? L'affirmative est soutenue par une fraction importante de la doctrine, attendu, dit-on, que le nantissement ne se comprend pas sans la mise en possession effective du créancier, laquelle ne se conçoit pas pour des titres non mobilisables (1). — Mais la négative nous paraît plus conforme aux principes généraux. Sans doute la constitution de gage suppose la dépossession du débiteur ; mais il n'est pas indispensable que le créancier gagiste détienne par lui-même l'objet grevé du droit de gage. Cet objet peut être mis ou rester en la possession d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076 du Code civil) ; mais pourquoi ce tiers ne serait-il pas la société elle-même, détentrice forcée des titres ? Il y a d'ailleurs, croyons-nous, une certaine antinomie entre la solution d'après laquelle l'action d'apport est cessible par les voies du droit civil, et celle qui dénie au titulaire d'une action d'apport le pouvoir d'employer son titre comme instrument de crédit. Aussi estimons-nous que l'actionnaire apporteur peut donner ses titres en nantissement, en se conformant aux formalités prescrites par l'article 2075 du Code civil pour le gage civil, c'est-à-dire en signifiant la constitution de gage à la société qui cumulera sa situation de séquestre conventionnel avec celle de dépositaire nécessaire (2).

SECTION II. — *Réformes proposées.*

Telle est notre législation en matière d'actions d'apport : tels sont les règlements par lesquels la loi s'efforce de réfréner les abus de toute sorte dont elles furent la source, les agiotages effrénés, les majorations scandaleuses des apports.

Que vaut cette réglementation ? Un rapide examen des législations étrangères nous permettra de faire des comparaisons fécondes. Parmi les lois étrangères les unes sont plus libérales que la loi française, les autres le sont moins.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, L. 1893, n° 22.

(2) GENEVOIS, op. cit. p. 84 et s. — BOUVIER BANGILLON, op. cit. p. 141 et s.

Le type des premières est la loi belge de 1873 ; elle exige (art. 31) la mention, dans le bulletin de souscription, des apports en nature et des conditions auxquelles ils sont faits ; mais il n'est pas besoin que l'assemblée constitutive les approuve ; en Espagne aussi cette vérification est facultative ; elle est prescrite à peine de nullité par le Code hongrois, mais il y est procédé par une seule assemblée et dans la forme qu'elle choisit.

Le Code allemand modifié en 1884 offre plus de garanties aux actionnaires. L'évaluation première des biens apportés est faite par les apporteurs eux-mêmes, d'habitude des fondateurs (*die Gründer*) ; mais cette estimation est contrôlée dans une expertise obligatoire. Elle est confiée aux membres de la direction et du conseil de surveillance ; et si ceux-ci sont justement les fondateurs-apporteurs, l'expertise est faite par des réviseurs spéciaux (*Revisoren*) que désigne la chambre de commerce. — Le Code italien est plus rigoureux encore : en toute hypothèse, la vérification des apports en nature est attribuée à des experts désignés par la justice.

Ne serait-il pas utile de transporter cette législation en France ? Sans doute la nécessité de rester attachés deux ans durant à la société empêche les fondateurs de lui faire des apports absolument trompeurs, dont l'inexistence entraînerait la ruine commune avant l'expiration des deux ans. Mais outre que, comme nous le verrons, la substitution des parts de fondateurs aux actions d'apport fait de ce lien bi-annuel une protection chimérique, il ne suffirait point en tout cas à réfréner la majoration d'apports sérieux sans doute, mais considérablement exagérés, à laquelle se livrent les fondateurs-apporteurs dans le but de s'attribuer, au préjudice des actionnaires qui versent du numéraire, une part illégitime des bénéfices. Il faudrait donc rendre sérieuse et efficace l'approbation des apports en nature par l'assemblée générale ; personne n'oserait méconnaître l'utilité de ce résultat. Or, pourquoi n'est-il pas atteint aujourd'hui ? Parce que c'est peu de chose que de poser un principe quand on n'en assure pas l'application, parce que les formalités auxquelles est soumise aujourd'hui la vérification des apports en nature ne sont pas suffisamment protectrices. Il suffit qu'un rapport imprimé soit

mis à la disposition des actionnaires cinq jours avant la réunion de la seconde assemblée constitutive (art. 4 de la loi de 1867) : ce rapport peut être rédigé par les fondateurs-apporteurs eux-mêmes ; en fait, le plus souvent, il est dressé par un commissaire-vérificateur sur leurs simples explications, sans aucun examen personnel de la situation. Ce n'est point cet homme-lige des organisateurs de la société qui éclairera les tiers sur leurs malversations.

Pourquoi, dès lors, ne pas déclarer qu'une société anonyme ne sera régulièrement constituée que si les souscripteurs approuvent les mises en nature, après qu'elles auront été régulièrement estimées par des experts capables et indépendants vis-à-vis des fondateurs. Pour assurer cette double qualité aux vérificateurs, deux procédés ont été proposés : l'un consiste à former une corporation d'experts nommés par les tribunaux qui en dresseraient des listes par région ; sur cette liste, trois vérificateurs seraient désignés par la première assemblée constitutive ⁽¹⁾. On pourrait aussi prescrire que les apports en nature seront vérifiés par des experts choisis chaque fois par le tribunal ⁽²⁾. Ce second moyen nous paraîtrait même préférable parce qu'il permet aux juges, dans chaque cas particulier, de nommer, en parfaite connaissance de cause, les experts dont les connaissances techniques doivent varier avec le genre d'industrie ou de commerce que la société en formation se propose d'exploiter.

Ces idées ont rencontré des adversaires dont les objections ont été résumées en ces termes par M. Guillery ⁽³⁾ : « Vous portez atteinte à l'autonomie des sociétés, et cela d'autant plus qu'il s'agit également des petites sociétés qui n'ont pas besoin de votre attirail officiel, qui font leurs affaires en famille. Je demande que l'on n'ait recours à des nominations d'experts que lorsqu'il y aura un certain nombre d'actionnaires qui le demandent ». Et partant de là, on bâtit un troisième système, calqué sur une institution fort répandue en Angleterre, celle des « accountants ». Il est essentiel de laisser aux sociétés le droit de s'administrer elles-mêmes ; seulement il peut se trouver des actionnaires défiants. Et alors la loi

(1) Proposition de M. Rousseau au Congrès de 1889, op. cit., p. 281, etc.

(2) Proposition adoptée par le Congrès de 1889, op. cit., p. 302.

(3) Congrès de 1889, op. cit., p. 292.

doit autoriser un certain nombre d'entre eux, représentant une certaine portion du capital social, à solliciter la nomination d'experts comptables ; c'est l'expertise facultative. — Nous la croyons insuffisante. A l'origine des sociétés, les souscripteurs ont confiance dans les fondateurs ; aussi cette expertise facultative ne serait-elle jamais exigée, surtout si elle devait l'être par un nombre d'actionnaires représentant une portion quelque peu considérable du capital social. Ce qui se passe aujourd'hui nous donne une idée de ce qui arriverait : les souscripteurs ont dès à présent le droit de faire procéder à une expertise sérieuse ; ils n'usent pas de ce pouvoir. L'expertise n'est et ne peut être efficace qu'à la condition d'être obligatoire.

On s'écrie alors que nous portons atteinte à l'autonomie des sociétés anonymes, que nous permettons à des tiers de s'immiscer dans leur constitution. Mais est-ce donc une immixtion bien gênante que celle qui se produit au début d'une société, alors qu'elle n'a aucun intérêt légitime à cacher des opérations qui ne sont encore pas entreprises. Cette ingérence d'experts désignés par le pouvoir judiciaire ne peut porter ombrage qu'aux fondateurs peu scrupuleux qui voudraient majorer leurs apports, elle est au contraire une garantie efficace pour tous les autres actionnaires.

On fait enfin revivre le spectre de l'autorisation préalable ; on nous dit que ces experts désignés par le pouvoir judiciaire, placés par conséquent sous la dépendance du gouvernement, peuvent, en refusant d'approuver l'évaluation que les fondateurs ont faite de leurs apports en nature, mettre un obstacle insurmontable à l'organisation de la société. Conclusion inexacte, car nous ne prétendons pas que le rapport des experts doive lier l'assemblée de vérification ; libre à elle de passer outre et d'accorder son approbation. Les souscripteurs ont été prévenus du danger ; le législateur a rempli son devoir : s'ils tombent dans le piège qui leur est tendu, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes. — Soit, dit-on, mais en fait les choses ne se passeront pas ainsi ; les actionnaires auront une confiance absolue dans ces experts dont a fait choix l'autorité judiciaire ; leur décision sera nécessairement celle des assemblées constitutives. Le danger est minime ; quoi qu'on

en dise, ces vérificateurs désignés par le tribunal ne seront nullement dans la main de l'Etat. Et si l'on veut absolument qu'il y ait un péril, qu'on adjoigne à deux experts choisis par les magistrats un commissaire-vérificateur élu par l'assemblée générale des souscripteurs : celui-là du moins jouira d'une parfaite indépendance vis-à-vis du gouvernement. De cette manière aussi nous donnons dans une certaine mesure satisfaction à ceux qui, au nom de la liberté, réclament pour les sociétés anonymes le pouvoir de s'administrer elles-mêmes.

Voici donc le texte dont nous proposerions l'introduction dans notre loi : « Les apports en nature doivent être vérifiés par une commission mixte composée de deux experts choisis par le tribunal et d'un troisième élu par la première assemblée constitutive. Ces experts dresseront de leur expertise un rapport qui sera rendu public. En cas de dissentiment le rapport énoncera séparément l'avis de chacun des experts. »

Titre troisième

Quels droits confèrent les actions d'apport

Les droits du fondateur qui détient des actions d'apport peuvent se réduire à quatre :

1° le droit de prendre dans les bénéfices nets de la société une part proportionnelle au capital représenté par ces actions ; cette part est désignée sous le nom de dividendes. En majorant leurs apports, les fondateurs augmentent le *quantum* qui leur revient dans ces dividendes. Ceux-ci sont formés par la réunion de deux éléments, 1° les intérêts du capital versé, 2° les dividendes ou bénéfices proprement dits : aux premiers correspondent les coupons d'intérêts, aux seconds les coupons de dividendes. Puisque, dès le début de la société, les actions d'apport sont intégralement libérées, leurs titulaires touchent dès cette époque la totalité des coupons d'intérêts comme de dividendes ; lors au contraire qu'il s'agit d'actions de capital, à l'origine partiellement libérées, elles ne donnent droit aux coupons d'intérêts qu'au fur et à mesure de leur libération.

2° Le droit à une partie de l'actif social. Lors de la dissolution

de la société, après avoir payé les dettes sociales, le liquidateur rembourse aux détenteurs des actions d'apport le capital qu'elles représentent. Le plus souvent même, les statuts stipulent que ces actions, comme les actions de capital, seront amortissables : elles sont alors remboursées au cours de la société et leurs titulaires reçoivent des actions de jouissance qui ne donnent plus droit qu'à une portion sur les bénéfices.

3° Le droit de prendre part aux assemblées générales des actionnaires, constitutives ou ordinaires. Si l'on songe que les premières ont pour mission de vérifier les apports en nature et les avantages particuliers, d'examiner la déclaration des fondateurs concernant la souscription totale et le versement légal, de nommer les premiers administrateurs, puis les commissaires de surveillance, on comprendra que le rôle des fondateurs-apporteurs, qui le plus souvent joignent encore à cette qualité celle d'administrateurs ou de commissaires, soit fort restreint en ces sortes d'assemblées; ils restent étrangers à la plupart des votes qu'elles émettent car ils ne sauraient être à la fois juges et parties dans leur propre cause. Mais ces fondateurs-apporteurs figurent avec voix consultative dans les assemblées générales ordinaires qui sont appelées à voter sur les modifications proposées aux statuts et plus souvent à examiner les comptes des administrateurs ; toutefois il faut remarquer que, si cette dernière qualité appartient justement aux détenteurs d'actions d'apports (et ce cas est fréquent en pratique), ils sont ici encore privés du droit de vote : on ne saurait raisonnablement leur confier le soin de contrôler leur propre gestion.

4° Le droit pour le titulaire d'une action d'apport de la céder à des tiers sans le consentement des autres actionnaires. Mais, ainsi que nous l'avons vu (article 3 de la loi de 1893), cette transmission ne peut s'effectuer par les modes du droit commercial que deux ans après la constitution définitive de la société.

Observation : *Des actions industrielles.*

Il arrive parfois que l'apport d'un fondateur consiste uniquement dans son industrie ou son crédit commercial, ou dans ces éléments joints à quelques autres. C'est par exemple un manu-

facturier, connu dans le monde des affaires, qui s'engage à diriger l'exploitation industrielle de la société ; elle bénéficie à la fois d'une utile direction et du crédit, de la réputation commerciale qu'elle acquiert par ce seul fait qu'un industriel considéré consent à l'administrer, souvent même à engager dans l'entreprise une bonne partie de son propre patrimoine. Ce double apport est susceptible d'appréciation pécuniaire.

Souvent aussi un fondateur met en société son crédit politique ; il s'engage à faire profiter la société de l'influence qu'il peut avoir grâce à certaines relations. Ce contrat, trop fréquent de nos jours, nous semble entaché de nullité : l'apport du crédit politique « est contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur crédit pour de l'argent ⁽¹⁾ », ou, comme l'on dit aujourd'hui, de « trafiquer de leur mandat ». En pratique on dissimule cet apport sous quelque mise fictive ; il est évident que cette dissimulation ne valide pas un contrat nul comme ayant un objet illicite.

Ces apports en industrie ou en crédit constituent des ressources dont la société peut disposer au cours de son fonctionnement ; on concevrait par conséquent qu'ils forment une partie aliquote du capital social. On imagine par exemple une société anonyme au capital de 50000 francs composé de 400 actions de 100 francs représentant des mises de diverses espèces, et de 100 actions de même valeur représentant les apports en crédit et en industrie dont l'évaluation pécuniaire a été portée à 10000 francs. S'il survenait une faillite ou une liquidation judiciaire les créanciers sociaux qui ont pour gage le capital social tout entier pourraient en exiger la libération intégrale, et par conséquent contraindre les apporteurs en industrie à l'exécution complète du contrat de travail qui les lie, bénéficier de leur activité industrielle pendant toute la période qui sépare la fin prématurée de la société du terme fixé pour sa dissolution normale. Mais il ne saurait entrer dans la pensée des apporteurs en industriel l'intention de contracter une obligation aussi lourde ; à quelque moment que l'entreprise prenne fin, ils entendent recouvrer aussitôt leur liberté d'ac-

(1) POTHIER, *Société*,

tion. Il est donc impossible de faire figurer dans le capital social ces mises en crédit ou en industrie puisque les obligataires ne peuvent compter sur leur libération intégrale. Aussi ces apports sont-ils rémunérés par des titres spéciaux, appelés « actions industrielles » dont la valeur nominale n'entre pas dans le chiffre du capital social.

C'est là une première différence qui sépare ces titres d'avec les actions d'apport proprement dites. Il en est une seconde ; tandis que celles-ci donnent droit à une quote-part du capital, ceux-là ne confèrent aucun droit sur lui, sauf toutefois la clause contraire. Outre que les associés qui apportent seulement leur industrie n'ont pas contribué à la formation du capital social, ils retirent leur mise lors de la dissolution de la société puisqu'ils recouvrent leur pleine liberté d'action ; ils n'ont donc droit à aucune fraction de ce capital, mais uniquement à une part dans les dividendes.

Ces différences n'empêchent point d'ailleurs que l'action industrielle ne soit qu'une variété des actions d'apport ; en principe elle est soumise au même régime. Comme celles-ci elle confère le droit de participer, avec voix délibérative, aux assemblées générales d'actionnaires. C'est même là le trait caractéristique par lequel ce titre se distingue des parts de fondateur. — Cette conception des actions industrielles, envisagées comme une espèce dont les actions d'apport seraient le genre, peut faire naître dans l'esprit un doute sur leur légalité. La loi du 1^{er} août 1893 en effet exige que les actions d'apport soient intégralement libérées au moment où la société se constitue. Or la mise en industrie est successive, c'est-à-dire qu'elle consiste en un travail qui, devant être fourni pendant tout le cours de la société, ne peut être entièrement exécuté à l'époque où elle se forme ; les actions industrielles ne peuvent par conséquent être intégralement libérées à l'origine de la société. Si donc il leur faut appliquer la loi de 1893 sur les actions d'apport (art. 3), force est bien de reconnaître que les premières sont illégales. Nous ne croyons pas que ce texte ait une telle portée. Dans aucune des discussions qui, tant à la Chambre qu'au Sénat, précédèrent le vote de l'article 3 il ne fut parlé des actions d'industrie ; les orateurs supposaient toujours que les titres visés par la loi étaient des actions d'apport proprement dites,

représentant un immeuble, une usine, etc., toutes mises susceptibles d'une libération immédiate. Or l'article 3 est un texte dérogatoire au droit commun, de droit très étroit.

Cette même considération nous porte à croire que les actions industrielles sont soustraites aussi à la règle qui interdit pendant deux ans la négociation des actions d'apport.

CHAPITRE II. — *Des actions de priorité.*

Les fondateurs de sociétés anonymes assurent parfois la rémunération de leurs apports au moyen d'actions de priorité. Ce mot désigne plutôt une qualité dont peut être affectée une action quelconque de capital ou d'apport, qu'une catégorie spéciale de titres. L'action de priorité tient le milieu entre l'action et l'obligation, participant de l'une et de l'autre : de l'action en ce qu'elle ne donne droit qu'à une quote-part de la propriété sociale et à une fraction des bénéfices ; de l'obligation à cause de la préférence qui lui est accordée sur l'action, soit dans la répartition des bénéfices, soit aussi dans celle de l'actif social lors de la liquidation. Elle ressemble encore à l'obligation parce qu'il lui est quelquefois alloué un intérêt fixe avec promesse d'amortissement successif.

Ces avantages qui sont attachés aux actions de priorité expliquent que les fondateurs s'efforcent de s'en faire attribuer en représentation de leurs mises de toute espèce. L'influence dont ils jouissent dans la société leur permet le plus souvent de réussir dans ces efforts : mais on a essayé de les rendre vains en soutenant que les actions de priorité sont illicites. A l'appui de cette opinion, l'on invoque l'article 34 du Code de commerce « Le capital des sociétés anonymes se divise en actions ou coupons d'actions d'une valeur égale » ; et l'on dit que ce texte, en sa forme impérative, met obstacle à la création de deux catégories d'actions conférant des droits inégaux dans les bénéfices ou l'actif. D'abord il est fort douteux que l'article 34 soit impératif et, le serait-il, qu'il n'excluerait pas les actions de priorité ; il parle de l'égalité des actions au point de vue du capital nominal, mais non des

droits attachés à des fractions numériquement égales de ce capital. A cet égard, la convention libre fait la loi des parties ⁽¹⁾.

Les actions de priorité sont donc légales : mais les droits qu'elles donnent aux fondateurs qui les détiennent constituent des avantages particuliers, soumis à l'approbation des assemblées constitutives.

Sur ces questions, il ne saurait y avoir de discussion sérieuse ; mais des difficultés s'élèvent lorsqu'il s'agit de déterminer exactement quels droits confèrent les actions de priorité, quelle est la nature, quelle est l'étendue du privilège qui les caractérise. Il est assurément licite qu'elles soient privilégiées dans la répartition des dividendes, c'est-à-dire des bénéfices. Mais on conçoit que le privilège porte aussi sur le capital de telle sorte qu'à la dissolution de la société les porteurs d'actions de priorité viennent, pour le remboursement de leurs mises, en concours avec les créanciers sociaux. Nous pensons qu'une telle clause serait frappée de nullité. L'article 1855 du Code civil en effet défend qu'un associé s'affranchisse de toute contribution aux pertes. Or en quelle mesure y participe-t-il l'actionnaire qui concourt avec les obligataires ? Sans doute il subit quelque préjudice si, lors de la liquidation, le passif social est supérieur à l'actif ; mais ce sort est celui de tous les créanciers, et l'on ne saurait dire, dans le sens de l'article 1855, qu'un créancier « contribue aux pertes de la société ». C'est en qualité d'associé, non en celle de créancier, que le détenteur d'une action de priorité doit participer aux pertes communes ⁽²⁾ : il doit, comme associé, courir des risques spéciaux, auxquels sont soustraits les obligataires.

La question est beaucoup plus délicate quand les actions de priorité, tout en conférant un privilège sur le capital social vis-à-vis des actionnaires, ne donnent aux porteurs de ces titres aucun droit de créance, de telle sorte qu'ils sont exclus par les créanciers de la société. Une clause de ce genre est fort usitée et plusieurs statuts portent : « les actions privilégiées donneront

(1) Paris, 28 Mai 1884. *Journal des Sociétés*, 1884, p. 428. — PONT, op. cit., n° 1585. — GUILLERY, 1^o c°, II, 566.

(2) PONT, op. cit., n° 458.

droit à un intérêt annuel outre une part déterminée dans les bénéfices, et les porteurs d'actions non privilégiées ne devront rien recevoir avant que les actionnaires privilégiés aient été complètement désintéressés. Ces derniers peuvent, en cas de dissolution de la société, réclamer sur l'actif social non seulement le remboursement du capital de leurs actions, mais encore le paiement des intérêts stipulés, quoique la société n'ait réalisé aucun bénéfice. » Malgré les critiques dont elle a été l'objet ⁽¹⁾ cette clause nous paraît parfaitement licite. Au premier abord, on pourrait être tenté de considérer les porteurs d'actions privilégiées comme affranchis de toute contribution aux pertes. Il semble en effet que le droit de prélever, à la dissolution de la société, sur le produit de la liquidation, les sommes nécessaires pour parfaire le remboursement intégral de ces actions en capital et intérêts, doive, à tout événement, assurer aux porteurs de ces titres la restitution de leurs apports. Mais ce n'est là qu'une apparence ; du moment où le prélèvement est indiqué comme devant porter seulement sur le capital social tel qu'il existe à l'époque de la liquidation, c'est-à-dire sur l'actif net, l'actionnaire ne peut venir en concours avec les créanciers sociaux. Il n'a d'action que sur ce qui reste du fonds social, après que ces derniers ont été désintéressés. Par conséquent, si les affaires tournent mal, si pendant la durée de la société il n'y a pas de dividendes répartis ou si les répartitions opérées sont insuffisantes pour amortir les actions privilégiées, si d'autre part à la dissolution de la société le passif dépasse l'actif ou même s'il lui est équivalent, ceux auxquels appartiennent les actions de priorité ne recouvrent pas ou ne recouvrent que partiellement leurs apports, et il est vrai de dire qu'ils sont dans une certaine mesure « associés aux pertes éprouvées par la société » ⁽²⁾.

(1) Article de C. Frèrejouan du Saint, dans le *Journal des Sociétés*, 1887, p. 64, etc.

(2) En ce sens, Paris 10 janvier 1867, D, 69, II, 239. — et LYON-CAEN et RENAULT op. cit., p. 362, en note.

CHAPITRE III. — *Des actions à prime.*

Voici ce qu'il faut entendre par une émission d'actions à prime. Une société est en voie de formation ; les fondateurs s'entendent soit avec un banquier, soit avec plusieurs financiers réunis en syndicat ; plus simplement ce syndicat ne fait qu'un avec les fondateurs, c'est lui qui a pris l'initiative de l'entreprise. Les statuts rédigés, il s'adjuge l'ensemble des actions au pair, non pour les garder en portefeuille, mais pour les jeter immédiatement sur le marché par des émissions à un taux plus élevé auxquelles le public sera appelé. L'écart existant entre la valeur nominale du titre et le prix que le groupe en retire constitue la prime ; et l'on a vu cette prime atteindre un chiffre très élevé, 200 fr. et davantage pour des actions de 500 fr. A part la nécessité pour les souscripteurs de verser une somme plus élevée que la quote part du titre qu'ils libèrent, ces émissions ressemblent à s'y méprendre à une émission ordinaire. Les actions qui ne trouvent pas preneur demeurent acquises au syndicat et sont réparties entre ses membres au prorata de leurs droits.

Ce procédé présente une double utilité ; il permet aux fondateurs qui ont contribué à constituer le capital social par la libération d'un certain nombre d'actions, de recouvrer les sommes par eux versées ; en outre, la prime leur offre un moyen facile d'assurer la rémunération de certains services qu'ils ont pu rendre à la société (par exemple l'avance des frais de constitution) et qui n'entrent pour aucune part dans la composition du capital social. Ceci vérifie une remarque que nous faisons tout à l'heure, à savoir que la spécialisation de la rémunération, idée théorique sur laquelle repose notre plan, ne se reflète pas dans la pratique avec une parfaite exactitude. Mais ce serait compliquer inutilement le problème que de séparer dans notre étude ce qui, en fait, est intimement uni : force nous est donc d'examiner d'abord le procédé dans son ensemble, soit que les fondateurs le mettent en œuvre pour recouvrer ceux de leurs apports au moyen desquels ils ont constitué le capital social, soit qu'ils s'en servent pour rémunérer quelques autres de leurs services.

Nous avons dit comment les choses se passent en pratique, comment se fait une émission à prime. Il faut maintenant décom-

poser cette opération, et voir quels actes juridiques elle renferme. On peut l'analyser de deux façons :

I. Les fondateurs n'ont pas souscrit le capital social en leur propre nom ; s'ils ont jeté ensuite les actions sur le marché, ce n'est pas en vertu d'une cession. Les souscripteurs à l'émission sont les premiers preneurs des titres. Quant au versement de la quotité légale, les syndiqués ne l'effectuent pas ; le syndicat est un simple intermédiaire entre la société et les actionnaires ⁽¹⁾ : il fait acte de procuration, et pas plus qu'un mandataire n'a la propriété des titres qu'il détient, pas plus notre groupe de fondateurs. — L'attribution des primes à ce groupe s'explique fort aisément comme une commission stipulée par le syndicat sur l'avoir social, comme la rémunération des services qu'il rend à la société en lui permettant de s'organiser et aussi comme une compensation équitable des risques qu'il court d'être responsable en cas de nullité. Cette opération ainsi analysée s'appelle plus spécialement une émission au-dessus du pair. Elle n'a point pour but de payer aux fondateurs quelque part du capital social, puisqu'ils n'ont fourni aucune des prestations en nature ou en espèces qui le constituent, puisqu'ils n'ont rien versé ; elle rémunère d'autres services. Aussi renvoyons-nous au Livre II son étude plus détaillée.

II. Une autre interprétation consiste à dire que les fondateurs souscrivent le capital tout entier et se portent originairement souscripteurs de tous les titres. En procédant ensuite aux émissions publiques, ils réalisent à leur compte une véritable cession d'actions, et ceux qui participent à ces émissions tiennent leurs droits non de la société elle-même mais des fondateurs premiers associés. Il faut donc restituer à ces émissions leur véritable caractère et leur nom : ce sont des ventes publiques d'actions.

De ces deux analyses, laquelle est exacte ? Il est évident que le juge doit d'abord rechercher quelle est, en fait, celle qui cadre le mieux avec les agissements des fondateurs. Ont-ils opéré le versement de la quotité légale ? ont-ils entendu prendre la qualité d'associés ? ont-ils, par leurs déclarations dans les prospectus d'émission, donné au public le droit de considérer la société comme dès à

(1) *Revue critique de droit*, 1881, p. 527. Article de M. Thaller.

présent constituée et les syndiqués comme premiers actionnaires? — S'il y a doute sur la nature juridique de l'émission à prime, nous serions même portés à l'analyser en une vente publique. Nous verrons en effet que cette interprétation offre aux tiers des garanties qu'ils ne rencontreraient pas si on traitait les fondateurs comme de simples intermédiaires; or n'est-ce point se conformer à l'esprit de la loi de 1867, loi de protection, que d'assurer aux tiers le plus de sécurité possible (1)?

Si l'on reconnaît à cette combinaison les caractères juridiques que nous lui attribuons, on doit admettre logiquement :

a) Que les fondateurs qui se sont attribué des primes n'ont pas à faire approuver cette attribution par l'assemblée générale des souscripteurs, car la société existait entre syndiqués et ce sont eux qui tiennent les assemblées constitutives (2);

b) Que la Régie est en droit de percevoir sur ces émissions le droit de cession qui est fixé par une jurisprudence bien établie à 0 fr. 50 %.

c) Que les membres du syndicat, revêtus de la qualité d'associés, sont responsables des versements complémentaires dans les termes admis par la loi de 1867 modifiée en 1893 (3).

d) Que les actions dont les fondateurs syndiqués sont les premiers titulaires ne sont négociables qu'aux conditions prescrites par les lois de 1867 et de 1893, c'est-à-dire notamment : qu'au moment de cette négociation la société doit être régulièrement constituée, et par conséquent les syndiqués au nombre de sept au moins et la quotité légale versée sur chaque action. D'ailleurs, par cela même qu'un versement en numéraire n'est pas nécessaire, les fondateurs satisfont aisément à cette dernière condition par de simples virements de comptes chez leurs banquiers.

(1) Cass. 9 juillet 1880. *Journal des Sociétés*, 1881, p. 34. — Cass. Req. 25 mai 1886, D. 87, I, 379. — Paris, 6 février 1888, D. 90, II, 265.

(2) D'ailleurs, alors même que l'on considère les banquiers syndiqués comme de simples intermédiaires, il semble bien difficile, s'ils ne souscrivent pas personnellement une action ou s'ils n'obtiennent point quelque titre analogue, de soumettre à l'approbation de l'assemblée générale les primes stipulées à leur profit, car l'article 4 de la loi de 1867, parle uniquement des avantages particuliers « faits à un associé ».

(3) Paris, 28 janvier 1868. S. 69, II, 105.

Enfin, depuis la loi de 1893, les syndiqués auxquels sont remises des actions d'apport ne les peuvent négocier qu'au bout de deux ans.

Ces restrictions sont de nature à gêner les agissements des syndicats de spéculation qui se forment à l'origine de la plupart des sociétés anonymes. Pour franchir cet obstacle les fondateurs ont d'abord cherché à utiliser une jurisprudence qui exclut l'application des dispositions prescrites par la loi de 1867 aux sociétés constituées sans souscription publique : point n'eût été besoin pour les syndicataires associés de verser le quart du capital social, ni de demeurer deux ans détenteurs des actions d'apport ; dès l'origine et par cela seul que l'entreprise était organisée en dehors de toute souscription publique, ils eussent pu spéculer en toute liberté. Mais la jurisprudence, après avoir dispensé ces sortes de sociétés de la déclaration notariée et de la réunion des assemblées de vérification, recula devant les conséquences extrêmes de son système et maintint le versement du quart ⁽¹⁾ ; sans doute elle déclarerait aussi, le cas échéant, que les actions d'apport émises par ces sociétés ainsi formées sans souscription publique ne sont négociables qu'au bout de deux ans. L'effort des spéculateurs échouait donc de ce côté ; il fallait chercher ailleurs.

Les syndicataires songèrent que s'il leur était impossible de négocier de suite leurs actions, du moins ils les pouvaient céder par les modes du droit civil ; tant que les parts sociales furent entre leurs mains, ils résolurent donc de ne point leur conférer le caractère d'actions négociables. Les certificats ne sont créés qu'après l'émission et au nom des nouveaux preneurs : dans l'intervalle de temps compris entre la signature des statuts et l'adjudication publique, les portions du fonds social sont pour ainsi dire inertes, en sorte que cette adjudication est une cession civile bien plutôt qu'une négociation commerciale. Elle intervient donc légalement, alors même que la société n'existe pas, que la quotité légale n'est pas versée, que les actions d'apport ne sont pas créées depuis deux ans. Ce sont des ventes à l'émission, subordonnées d'ailleurs à la condition que les titres d'actions seront émis, de telle façon que si l'émission n'a pas lieu régulièrement la vente est non avenue.

(1) Cass. 26 avril 1880. S. 181, 1, 5. — Tribunal de commerce de la Seine, 20 juillet 1886, *Le Droit*, n° du 25 juillet 1886.

Telles sont les difficultés juridiques que soulèvent les détails d'application du procédé. Mais ce procédé lui-même est-il légal ? Ces syndicats de spéculation qui détiennent tous les titres d'une société sont-ils compatibles avec une législation dans laquelle l'accaparement est puni avec sévérité ? On a beaucoup discuté à ce sujet. Le désaccord nous semble provenir en partie d'une confusion regrettable entre les différents rôles que jouent ces syndicats d'émission organisés entre fondateurs ; ils ont deux buts bien distincts. Les banquiers syndiqués conviennent entre eux : 1° de souscrire toutes les actions d'une société, et à cet effet ils donnent parfois mandat au gérant du syndicat de faire la souscription en leur nom ; 2° de revendre avec prime les parts sociales ainsi obtenues et dans ce but de se livrer à divers agissements destinés à déterminer une hausse factice. Nous croyons que la première convention est parfaitement licite. Qu'y a-t-il donc d'illégal dans le fait de souscrire collectivement les titres d'une société, et de donner dans ce but pouvoir à un mandataire unique ? Songerait-on à considérer comme illicite la convention par laquelle, en vue d'éviter des frais individuels, plusieurs marchands de la même région donneraient mandat à l'un d'eux d'acheter en bloc tous les produits d'un industriel pour les répartir ensuite entre les divers acquéreurs ?

Mais où commence la fraude, c'est quand les syndicaux, détenteurs des parts sociales, se livrent afin d'en provoquer la hausse fictive à des agissements coupables. Le contrat illicite, ce n'est pas le mandat collectif donné au gérant du syndicat de souscrire toutes les actions ; c'est l'engagement pris par chacun des fondateurs de ne vendre les titres qu'il obtiendrait qu'à une époque et à un prix déterminés d'avance, de fausser par ces moyens et d'autres encore le cours normal des parts sociales.— Mais, en fait, ces deux clauses que nous avons séparées avec soin sont étroitement unies ; les banquiers syndiqués en même temps qu'ils souscrivent directement ou par mandataire la totalité des actions conviennent d'en déterminer la hausse factice afin de les revendre avec d'énormes bénéfices. On a prétendu que cette confusion de fait entraînait, dans le cas où la souscription était l'œuvre du gérant représentant de tous les syndiqués, des conséquences considérables : les deux pactes, avons-nous dit, n'en font qu'un dont la clause

principale, essentielle, vise les manœuvres à la hausse ; sa nullité entraîne donc celle du pacte tout entier et par suite du contrat de mandat qui y est accessoirement renfermé. Tomberaient donc les souscriptions faites au nom de tous les banquiers par le gérant du syndicat auquel cette annulation enlèverait la qualité de mandataire ; tomberait aussi la société dont le capital n'aurait pas été intégralement souscrit. C'est cette thèse qu'on est venu défendre devant les tribunaux ⁽¹⁾ ; ils ne l'ont pas admise, mais en motivant leurs décisions par des considérants quelquefois étranges. Celles-ci se justifient bien plus aisément si l'on se reporte à la distinction que nous faisons tout à l'heure. La convention par laquelle plusieurs fondateurs donnent mandat à l'un d'eux de souscrire en leur nom les actions d'une société est parfaitement licite ; elle ne cesse pas de l'être parce qu'on y joint une autre stipulation dont la légalité est beaucoup plus douteuse.

Jusqu'ici nous sommes donc, quant aux résultats du moins, parfaitement d'accord avec la jurisprudence. Mais nous ne la suivrons pas plus loin ; elle sanctionne le pacte par lequel les syndicataires s'engagent à ne revendre les actions que dans certaines conditions déterminées d'avance en vue de réaliser en commun des bénéfices importants ⁽²⁾ ; elle condamne à des dommages-intérêts le banquier qui n'exécute pas ses engagements. Nous avons examiné précédemment si cette coalition ne tombe pas sous le coup de l'article 419 du Code pénal et nous avons admis qu'il y avait lieu d'appliquer ce texte à notre hypothèse ; nous sommes donc conduits à considérer cette convention comme illicite puisque nous estimons qu'elle est punie par la loi pénale. La jurisprudence écarte en ce cas l'article 419 ; est-ce à dire qu'elle doive valider le contrat intervenu entre les syndiqués en vue de provoquer la hausse de leurs titres ? Point du tout, car la sanction civile est parfaitement distincte de la sanction pénale ; les juges auraient pu consacrer la première tout en repoussant la seconde, et leur décision est d'autant plus critiquable que la logique ne l'imposait pas. La sanction civile consiste en effet en ce que toutes les conventions ayant pour effet de porter atteinte à la concurrence

(1) Paris 17 juin 1890, *Revue des Sociétés*, 1890, p. 418.

(2) Article de M. Léchopié — p. 334. *Revue des Sociétés*, 1884.

naturelle et libre du commerce sont nulles, même dans le cas où elles ne réuniraient pas tous les éléments nécessaires pour tomber sous le coup de la loi pénale ; ceci est l'application des articles 1131 et 1133 du Code civil qui prononcent la nullité de tout contrat ayant un objet illicite, contraire à l'ordre public. Or l'accaparement des actions en vue de fausser leur cours ne constitue-t-il pas, sinon un délit de droit pénal, du moins un danger économique ? Si donc quelqu'un des fondateurs vend ses titres à une date antérieure à l'époque convenue ou pour un prix inférieur à celui qui avait été fixé, plus généralement s'il viole d'une façon quelconque ses engagements, nous pensons que les co-syndiqués ne sont pas fondés à en demander l'exécution.

Nous estimons aussi que les agissements pratiqués par les syndicats financiers sont souvent constitutifs de dol et que les ventes d'actions, passées à la suite de manœuvres de ce genre, pourront facilement être annulées par application de l'article 1116 du Code civil. Le dol en effet émane bien du vendeur, car il est pour partie au moins l'œuvre du banquier dont les titres sont cédés. On comprend que la jurisprudence soit fort gênée en cette matière : elle valide les syndicats à la hausse, elle ne peut donc, en principe, considérer leurs agissements comme illicites ; elle n'applique l'article 1116 que s'ils ont revêtu un caractère tout spécial de déloyauté. De l'ensemble des arrêts sur la question, il semble même se dégager cette notion que, pour donner lieu à l'application de ce texte, il ne suffit pas que le cours général des actions ait été faussé par les manœuvres de bourse, en quelque sorte impersonnelles, auxquelles se livrent les syndicats ; il faudrait de plus que le cédant ait pratiqué des manœuvres dolosives à l'égard du cessionnaire *personnellement* (1).

Cet aperçu des principales difficultés que soulève le fonctionnement des syndicats d'émission suffit, croyons-nous, à démontrer l'insuffisance de notre législation en cette matière. Il faudrait un texte qui contraignît les magistrats à faire l'application de l'article 419 du Code pénal aux syndicats de spéculation, qui les déclarât illicites au point de vue civil, sinon au point de vue pénal, et qui protégeât ainsi le public contre ces combinaisons de hausses et de baisses factices. Elles ne correspondent pas à une augmentation

(1) Paris, 17 juin 1890. *Revue des Sociétés*, 90, p. 419 — et 472.

ou à une diminution de la prospérité réelle de la société ; elles ne sont qu'une arme dangereuse entre les mains des fondateurs syndiqués. Au législateur incombe le devoir de protéger contre eux l'épargne publique par des mesures répressives telles que l'annulation large et facile des cessions de titres dont le cours a été faussé. — C'est ainsi que le Code allemand (art. 213 b) modifié en 1884 admet la responsabilité solidaire de ceux qui procèdent à une vente publique d'actions dans les deux ans de la constitution d'une société anonyme, lorsque les indications par eux fournies sont inexactes, s'il y a dol ou fraude de leur part. Ce texte est assez large pour embrasser les coalitions impersonnelles qui constituent les agissements habituels des syndicats de spéculation et que notre jurisprudence se déclare habituellement impuissante à atteindre. — On pourrait aussi, pour éviter les abus, recourir à des mesures préventives. En ce sens, le projet de loi adopté par le Sénat français, le 29 novembre 1884, prescrivait (art. 44), dans le cas de mise en vente publique d'actions non ordonnée par justice, l'accomplissement préalable des formalités de publicité qui doivent, d'après ce même projet, précéder l'ouverture d'une souscription publique véritable à des actions. La loi de 1893 ne contient aucune disposition analogue et laisse une complète liberté aux fondateurs pour former des syndicats d'émission et pour spéculer sur les titres ainsi accaparés.

LIVRE II. — DES DROITS CONFÉRÉS AUX FONDATEURS POUR RÉMUNÉRER CEUX DE LEURS APPORTS QUI N'ENTRENT POUR AUCUNE PART DANS LA COMPOSITION DU CAPITAL SOCIAL.

Les expériences, les démarches, les travaux de toute espèce qui précèdent la formation d'une société anonyme, et aussi l'avance des capitaux nécessaires pour faire face aux frais d'organisation, constituent des prestations trop utiles pour qu'on se refuse à rémunérer ceux qui les fournissent. Mais comme l'énergie productrice de ces prestations est en quelque sorte entièrement consommée pendant la période préparatoire, comme elles ne sont plus disponibles au cours de la société puisqu'elles ont été utilisées pour la constituer, il serait inexact de les faire entrer pour aucune part dans la composition du capital social. Celui-ci, qui forme le gage des obligataires, doit se composer uniquement de

valeurs liquides, susceptibles de servir à désintéresser les créanciers qui ont traité avec la société sur la foi du capital social qu'elle annonçait dans ses statuts. Il est donc impossible que ces prestations soient rémunérées par des titres qui représentent une quote part de ce capital. De même encore, les titres de ce genre ne sauraient être employés à compenser les chances de perte et de responsabilité que courent les fondateurs. Il faut, pour assurer ces diverses rémunérations, recourir à des procédés multiples, par exemple à l'émission de titres *sui generis* qui existent en dehors du capital social. C'est l'étude de ces procédés multiples que nous abordons.

Le plus souvent, le mode selon lequel seront rémunérées les diverses prestations que nous venons d'énumérer est déterminé à l'amiable, au moyen d'une clause des statuts stipulée par les fondateurs et approuvée par l'assemblée générale des actionnaires. Mais il arrive aussi qu'un règlement de ce genre ne peut intervenir, soit parce que la société ne se constitue pas, soit parce que, malgré cette constitution, l'assemblée générale refuse son approbation.

Dans cette hypothèse, on s'est demandé si les frais de constitution resteraient à la charge des organisateurs de l'entreprise ; ou bien s'ils seraient supportés, dans le premier cas, par chaque souscripteur au prorata de ses droits, dans le second par la société. — Lorsqu'elle ne parvient pas à se former, les souscripteurs ne pourraient, d'après certains auteurs, refuser de supporter une portion de ces frais, encore qu'ils ne s'y soient pas obligés expressément en souscrivant ; et c'est seulement dans le cas où il serait reconnu que la conception de l'affaire a été frauduleuse de la part des fondateurs, que les frais de constitution resteraient en entier à la charge de ces derniers (1). D'autres, tout en reconnaissant qu'en thèse générale ces frais doivent être supportés par les fondateurs, réservent le cas où la société n'aurait pu se constituer par suite de l'abstention des souscripteurs, estimant qu'en ce cas ces derniers doivent supporter les dépenses que leur négligence seule a rendues inutiles (2).

Ces distinctions nous paraissent inadmissibles. Quelle que soit

(1) BESLAY et LAURAS, 1^o c, n^o 476. — ALFRED DE COURCY (*Sociétés anonymes*), p. 87.

(2) VAVASSEUR, op. cit., n^o 81. — ALAUZET, op. cit., n^o 461.

la cause qui ait empêché la société de s'organiser, il y a une tentative restée sans effet, un projet qui n'a pas abouti et dont l'avortement fait qu'il ne subsiste rien de l'affaire, pas plus dans le passé que dans le présent. D'où la conséquence nécessaire qu'en toute hypothèse les souscripteurs doivent être remis dans l'état même où ils étaient quand ils ont donné leur signature, et par suite qu'ils ont droit de reprendre en entier le montant de leur souscription, sans avoir à tenir compte des frais dont la charge ne peut incomber qu'à ceux qui ont engagé l'affaire. Ceux-ci ne sauraient d'ailleurs se plaindre car ils ont agi sciemment à leurs risques et périls, et d'un autre côté les chances de pertes qu'ils ont consenti à courir sont compensées par des chances de gain pour le cas où la société se constituerait. Enfin la commission du corps législatif ⁽¹⁾ s'exprimait en ces termes : « Si l'approbation manque, nul lien n'existe plus, pas plus dans le passé que dans le présent et dans l'avenir. Souscripteurs sous condition, les actionnaires n'ont pas même à se préoccuper des frais exposés par ceux qui sont venus solliciter un concours qui s'est refusé à leurs désirs. » Si donc, pour un motif quelconque le projet avorte, les frais de constitution demeurent à la charge des fondateurs qui sont tenus de restituer aux souscripteurs le montant intégral des versements opérés ⁽²⁾.

On a même dit que les actionnaires auront droit à des intérêts. Il faut s'entendre, ils ne pourraient obtenir l'intérêt des sommes à rembourser comme représentant le montant de leurs souscriptions que dans les termes du droit commun. Ainsi les sommes versées par les souscripteurs ne sont pas de plein droit productives d'intérêts et, sauf le cas où en prévision de la restitution des intérêts auraient été stipulés par convention spéciale, le souscripteur ne saurait prétendre qu'il lui en est dû à partir du versement par lui effectué. Mais dès que, délié par l'avortement du projet de société, il a demandé à être remboursé, les fondateurs sont en demeure d'effectuer le remboursement et s'ils tardaient à le faire ils devraient les intérêts du jour de la demande.

Les opinions que nous venons d'émettre, exactes croyons-nous au point de vue juridique, ne laissent pas que d'offrir certains

(1) TRIPIER. Loi de 1867, I, p. 116.

(2) En ce sens : PONT, op. cit. p. 159. — RIVIÈRE, p. 204. — BÉDARRIDE, n° 114.
— MATHIEU et BOURGUIGNAT, 51.

dangers pratiques. Puisque, au cas où la société ne se forme pas, les frais de fondation sont supportés par les organisateurs, ils sont tentés afin d'éviter ce préjudice de la constituer à tout prix, fût-ce même en violation des prescriptions légales et au grand détriment des actionnaires. Aussi a-t-on l'habitude d'insérer dans les statuts cette clause utile à tous que « si le projet échoue, les versements ne seront restitués que déduction faite des frais de constitution légitimes et justifiés »⁽¹⁾.

Il peut arriver aussi que la société s'organise et que pourtant les fondateurs n'obtiennent pas à l'amiable le remboursement des avances qu'ils lui ont faites. Ce cas toutefois se présentera très rarement : car si les souscripteurs refusent d'approuver les avantages particuliers que les fondateurs ont stipulés comme rémunération de leurs travaux et de leurs dépenses, ces derniers retirent leurs apports en nature, le capital social n'est plus intégralement souscrit, l'entreprise est privée de ses chefs et périclite. Il faut donc supposer que, par oubli ou pour tout autre motif, les organisateurs ont omis d'insérer dans les statuts une clause qui fixe cette rémunération ; la société se constitue légalement ; puis les fondateurs réclament le paiement des frais de première installation. Il est naturel alors d'en faire état et de les mettre à la charge de la société⁽²⁾.

Nous avons supposé jusqu'à présent l'existence d'une contestation ; mais, le plus souvent, les choses se passent à l'amiable au moyen d'une clause statutaire approuvée par les assemblées constitutives. Sans doute la loi n'a pas, dans des textes précis, déterminé en quelles formes seraient rémunérés les apports qui n'entrent pour aucune part dans la composition du capital social ; elle n'a pas dit par quels procédés seraient payés les frais de constitution et compensées les chances de pertes et de responsabilité, toutes charges qui incombent aux fondateurs. Mais il n'était pas à craindre en raison de ce silence qu'ils fussent privés d'un gain légitime ; leur ingéniosité de financiers, stimulée par l'intérêt,

(1) LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 697.

(2) PONT, n° 1020. — La loi allemande est plus exigeante : « Si l'indication des dépenses faites au commencement de la société et de la manière dont elles ont été acquittées n'est pas contenue dans les statuts, les dites dépenses ne sont pas opposables à la société ».

devait trouver des moyens multiples de pourvoir à ces divers besoins, et s'il fallait redouter un danger, c'était bien plutôt celui de l'exagération dans la rémunération. Ce sont en effet les fondateurs qui en fixent le quantum dans l'acte de société qui est leur œuvre; et, comme on le pressent, ils se montrent vis-à-vis d'eux-mêmes d'une grande générosité. Ils s'attribuent des avantages particuliers disproportionnés aux services rendus, et privent ainsi les actionnaires d'une part considérable dans les bénéfices.

Tel est le péril. On y conçoit un premier remède, très efficace, qui consiste à déterminer limitativement le chiffre des avantages particuliers que les fondateurs peuvent s'octroyer dans la société qu'ils créent. C'est ainsi que l'article 127 du Code italien de 1882 porte : « Dans la constitution de la société, les fondateurs ne peuvent se réserver aucune prime, *agio* ou bénéfice particulier représenté par une forme quelconque . . . , ni concéder des commissions en faveur de ceux qui ont garanti ou assumé le placement des actions. Tout pacte contraire est nul. Toutefois, les fondateurs peuvent se réserver 1/10^e dans les bénéfices nets de la société pendant un certain temps qui ne peut dépasser le tiers de la durée de la société et en tous cas excéder cinq années; ils ne peuvent pas stipuler que le paiement aura lieu avant l'approbation des bilans. » — L'article 128 du Code roumain contient une disposition analogue. Il n'y a pas dans la loi française de prohibition d'une portée aussi générale. En principe elle laisse toute liberté aux associés quant à la détermination du quantum et de la forme des avantages particuliers. Une seule exception est faite à cette liberté pour les compagnies de chemin de fer. Aux termes d'une des dispositions générales de la loi du 15 juillet 1845, l'article 11, « les fondateurs de la compagnie n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances, dont le compte, appuyé de pièces justificatives, aura été accepté par l'assemblée générale des actionnaires ». Cela implique la prohibition, pour les compagnies de chemin de fer, des avantages particuliers. (1)

Plusieurs législations cherchent par un autre moyen, à protéger les actionnaires contre les prétentions exagérées des organisateurs de l'entreprise. On estime qu'en les contraignant à

(1) Aucoc. Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3^e édition, III, n^o. 1294, p. 396.

porter à la connaissance du public, dès avant toute souscription, les avantages qu'ils réclament on les amènera à faire des offres raisonnables, de peur de ne trouver aucun souscripteur. Dans ce but, le Code italien (art. 129) prescrit le dépôt au greffe du tribunal d'un programme ou prospectus contenant certaines indications déterminées par le législateur et parmi lesquelles figure en premier lieu celle des droits que les fondateurs prétendent s'attribuer ; les souscriptions doivent être faites sur des actes reproduisant le prospectus. Les mêmes dispositions se trouvent dans les Codes belge, allemand et suisse (1). Notre loi n'exige aucune formalité analogue ; elle prescrit sans doute des mesures de publicité, mais comme elles ne peuvent être remplies qu'après la constitution de la société, elles n'ont aucune utilité pour les souscripteurs qui le plus souvent ignorent, au moment où ils donnent leurs signatures, quelles clauses renferment les statuts et plus particulièrement quels avantages s'octroyent les organisateurs. Il y a là une lacune que comblait le projet sénatorial de 1884 (art. 44), mais que la loi de 1893 a laissée subsister.

La seule précaution que notre législateur prenne contre les prétentions parfois scandaleuses des fondateurs consiste dans la vérification à laquelle procèdent les assemblées constitutives. Elle est soumise aux mêmes conditions que l'approbation des apports en nature que nous avons déjà étudiée. Lors donc que, afin d'obtenir la rémunération de ceux de leurs apports qui ne représentent aucune part du capital social, les fondateurs stipulent à leur profit quelque avantage particulier, ils le doivent faire approuver par les actionnaires (art. 4 de la loi de 1867).

Cette vérification s'impose d'ailleurs quelle que soit la forme que revêtent les avantages particuliers. Cette expression désigne en effet « toute stipulation qui, en attribuant à tel ou tel associé une part plus grande dans les bénéfices, rompt au profit de l'un des sociétaires l'égalité qui, en principe, doit exister entre tous. » (2) Participation de tant pour cent dans les bénéfices, prélèvement d'une somme à payer, soit en argent, soit en actions libérées, primes, gratifications, sous quelque apparence que se

(1) Loi belge de 1873, art. 31. — Code allemand, art. 209 a. — Code suisse des obligations (art. 615 1^{er}).

(2) PONT, *op. cit.*, n^o 974 et s.

présente la rémunération, il faut la faire approuver par l'assemblée générale par cela seul qu'il y a un associé qui prend sur le fonds commun une fraction soustraite au partage. — On a prétendu pourtant que les seuls avantages sujets à vérification sont ceux qui se traduisent sous forme de parts sociales octroyées aux fondateurs (1); en seraient exempts, par exemple, les prélèvements en espèces stipulés à leur profit. Ce que la loi a voulu particulièrement atteindre, dit-on, c'est cette manœuvre financière tendant à créer parallèlement aux actions payantes d'autres titres de même nature, ne s'adossant pas à un capital argent. C'est par là que les fondateurs prennent réellement possession du marché et exercent une action énergique sur les cours ; car, pour agioter sur les titres qui leur ont été remis, ils vont pendant un certain temps entretenir en bourse une agitation factice autour des valeurs sociales, au risque de jeter le discrédit sur l'entreprise quand ils se seront débarrassés de leurs actions. Lors, au contraire, que la rémunération se fait en espèces ou qu'elle s'effectue au moyen de valeurs non négociables, qu'elle consiste par exemple dans une part des bénéfices non représentée par un titre, alors les dangers précédents ne sont plus à redouter ; les fondateurs ne peuvent spéculer. Point donc n'est besoin de la vérification des actionnaires. — Nous ne saurions admettre cette opinion : elle se heurte à la généralité des termes de l'article 4 et aussi à l'esprit de la loi. Quoi qu'on en dise, elle n'a pas uniquement pour but de réfréner la spéculation, mais aussi et surtout de protéger les actionnaires contre l'exagération des avantages particuliers ; quelle que soit la forme qu'ils revêtent, il faut craindre que les fondateurs se les attribuent avec une trop grande libéralité. (2)

L'exposé de ces considérations générales nous permet d'aborder en connaissance de cause l'étude plus détaillée de la matière. Nous recherchons ici par quels moyens, par quels avantages particuliers, sont rétribués les services que les fondateurs rendent à la société en dehors et en outre des apports par lesquels ils contribuent à former le capital social. Il est en effet des procédés

(1) Article de M. Thaller, dans la *Revue critique* de 1881.

(2) En ce sens, VAVASSEUR, op. cit., nos 410 et 411. — LYON-CAEN et RENAULT, n° 419.

de rémunération plus spécialement employés à cette fin ; toutefois, et c'est une remarque que nous ne faisons qu'en passant car nous y avons déjà insisté, ces mêmes procédés servent parfois aussi à payer des mises constitutives d'une partie de l'actif social : mais telle n'est point leur destination originaire et essentielle. Ces procédés sont nombreux ; parmi eux les parts de fondateur ont pris récemment une importance toute particulière ; aussi nous les étudierons dans un chapitre spécial.

CHAPITRE I. — *Procédés divers.*

I. — Le plus simple consiste à remettre aux fondateurs une somme en argent. On peut ainsi, soit leur rembourser les frais de constitution dont ils ont fait l'avance, soit leur payer un immeuble, une usine, un brevet d'invention et d'une manière générale les apports en nature qui forment une partie de l'actif social ; mais à cette dernière fin sont plutôt employées les actions d'apport.

On peut se procurer les fonds nécessaires à ce mode de rémunération par des prélèvements opérés sur le versement du premier quart ; mais cette méthode présente l'inconvénient d'enlever à la société, dès son origine, une portion assez forte des ressources dont elle peut disposer. Aussi préfère-t-on généralement se procurer le numéraire par une émission au-dessus du pair ; on émet à 510 francs des actions de 500 francs ; 135 francs sont versés sur chacune et 10 francs prélevés. Si 3,000 actions de cette espèce sont placées, la société dispose de 30,000 fr. pour rémunérer ses fondateurs et son capital social demeure intact.

Ces émissions au-dessus du pair offrent, nous l'avons déjà dit, une grande analogie avec les émissions à prime ; mais tandis que celles-ci consistent en des ventes publiques d'actions dont les résultats profitent directement aux syndiqués cessionnaires qui encaissent la totalité du prix de vente, celles-là sont des émissions proprement dites, en sorte que le montant intégral des sommes versées à la suite d'une opération de ce genre, y compris la prime, tombe dans la caisse de la société qui en dispose librement. Sans doute elle peut employer les bénéfices réalisés au moyen de la prime à la rétribution des fondateurs ; mais les assemblées qui

procèdent à la vérification des avantages particuliers ne sont pas obligées de ratifier l'emploi que les rédacteurs des statuts ont assigné à ces bénéfices.

Il est possible que les émissions au-dessus du pair présentent certains dangers : quand les sommes qui dépassent le capital nominal sont importantes, on peut redouter qu'elles ne soient employées à des spéculations aventureuses, peut-être étrangères à l'objet de la société. Pourtant ni en 1867, ni en 1893, notre législateur n'a prévu spécialement cette combinaison ; au contraire le Code allemand modifié en 1884 la réglemente. L'acte de société doit indiquer si les actions seront émises au-dessus du pair (art. 209, *a* 2°) ; les bulletins de souscriptions doivent mentionner la somme pour laquelle les actions sont émises, et en regard, la valeur de la prime (art. 209 *c*. 3°). Le gain réalisé par une émission au-dessus du pair doit être versé dans la réserve obligatoire (185 *b*. 2° — 239 *b*). Les premières de ces dispositions constituent des mesures de publicité fort utiles ; quant à la dernière prescription, il est permis de la trouver bien rigoureuse. Ne vaut-il pas mieux laisser à l'assemblée générale des souscripteurs le soin de déterminer l'emploi des primes encaissées ?

II. — Parfois les fondateurs stipulent à leur profit un droit de préférence sur les nouvelles actions à émettre ; chez nous une telle stipulation est parfaitement licite et lie la société pourvu que cet avantage particulier soit approuvé conformément à la loi (art. 4 *L.* 1867). Cette clause ne laisse pourtant pas que d'être quelque peu dangereuse : elle peut pousser le conseil d'administration, composé en général des fondateurs de la société, à provoquer une augmentation intempestive du capital social afin d'obtenir de nouvelles actions et de réaliser une prime sur leur revente. Aussi le code allemand (art. 215 *a*. 4°) n'admet-il pas que les statuts attribuent par avance à des actionnaires et particulièrement à des administrateurs un droit de préférence sur les actions nouvelles qui pourront être émises (1).

III. — Un autre procédé, autrefois très employé par les fondateurs pour obtenir la rémunération des services qu'il rendent à la

(1) MAKOVER, note 19. Das Gesetz betreffend die Commanditgesellschaft auf Actien und die Actiengesellschaft.

société, consiste dans l'émission d'actions *de prime*. Antérieurement à la loi de 1867, la légalité de ces titres, qu'il ne faut pas confondre avec les actions *à prime*, n'était pas douteuse (1); mais depuis que cette loi est en vigueur la question est devenue beaucoup plus délicate. On nomme en effet actions de prime celles qui sont attribuées à certaines personnes pour rétribuer les soins qu'elles ont donnés à l'organisation de la société, sans qu'elles soient obligées de faire aucun versement; cette définition nous fait toucher du doigt la difficulté. Puisque les détenteurs d'actions de prime n'effectuent aucun versement, il semble que le capital social ne soit pas intégralement souscrit, et par suite que cette combinaison soit illégale (art. 17, 1867). — Cette opinion nous paraît trop absolue: il faut faire une distinction. Les actions de prime sont illicites quand elles constituent une division du capital social; dans le cas contraire elles sont parfaitement conformes à la loi. Par exemple une société se constitue au capital de 300,000 francs divisé en 3,000 actions de 100 francs; les statuts déclarent que 300 de ces actions, dites de prime, seront distribuées à certaines personnes qui ont participé utilement à la fondation de la société. L'émission de ces 300 actions serait illicite: ceux qui les détiennent n'étant tenus d'aucun versement, le capital social de 300,000 francs ne serait jamais intégralement souscrit ni versé, il se réduirait en réalité à 300,000—300. 100=270,000 francs. Mais si une société se fondait au capital de 270,000 francs divisé en 2,700 actions de 100 francs, et qu'il fût stipulé qu'*en outre*, à côté du capital social, 300 actions de prime seraient émises, aucune irrégularité n'entacherait cette émission: elle n'empêcherait pas que le capital social fût entièrement couvert par les souscriptions.

Ceci ne signifie pas d'ailleurs que les actions de prime ne puissent conférer que le droit de prendre une part dans les dividendes et jamais dans le capital social; il ne faut pas en effet confondre son montant et sa répartition. Si, reprenant l'exemple précédent, nous imaginons une société formée au capital de 270,000 francs intégralement souscrit, en dehors duquel sont émises 300 actions de prime à 100 francs, et que nous supposons qu'en outre chacune d'elles donne droit à une part du capital en sorte qu'au lieu

(1) DALLOZ. *Répertoire v° Sociétés*, n° 1182.

d'être réparti à la dissolution de la société en 2,700 portions égales, il le sera en $(2,700 + 300) = 3,000$, la société n'en demeure pas moins parfaitement licite ; le capital social reste intégralement souscrit. La société dispose bien réellement de 270,000 francs, gage annoncé aux créanciers, sur lequel ils étaient en droit de compter ; que leur importe sa répartition entre les sociétaires pourvu qu'il existe ?

Les actions de prime peuvent donc, sans violer la loi, conférer le droit de prendre une part non seulement dans les bénéfices, mais aussi dans le capital social : c'est même là un des caractères essentiels, par lesquels elles se différencient des parts de fondateur.

CHAPITRE II. — *Des parts de fondateur.*

Titre Premier

Historique des parts de fondateur. — Leurs applications pratiques.

Une des nouveautés de notre époque, une de celles que l'on rencontre aujourd'hui dans toute société anonyme qui se crée, c'est la part de fondateur. Elle consiste en une part de bénéfices attribuée à certaines personnes qui, par leurs capitaux, leurs démarches, leurs conseils, leur initiative, ont contribué à la fondation de l'entreprise. L'organisation d'une société anonyme de quelque importance passe par deux phases ; dans la première un certain nombre de personnes se groupent afin d'étudier un projet, une idée à exploiter ; elles forment par leur réunion une société de fait. Souvent les parts sociales de cette société sont représentées par des titres que l'on met en circulation sous le nom de « parts de fondateur » : c'est la première forme qu'elles revêtent, forme essentiellement provisoire. Puis, lorsque la société anonyme est légalement constituée, ces titres provisoires sont échangés contre des titres définitifs qui sont les parts de fondateur proprement dites (1). — Aux termes des statuts qui en fixent la nature, elles

(1) On emploie pour désigner ce titre les expressions suivantes : part de fondateur ou de fondateurs ; part bénéficiaire ; certificat de fondation ; délégation de bénéfices, délégation de jouissance, délégation de dividendes ; titre bénéficiaire ;

ne donnent aucun droit sur le capital social et permettent seulement à leurs titulaires de participer, dans une proportion déterminée, aux bénéfices réalisés ; ils ne peuvent non plus prendre part aux assemblées générales des actionnaires.

Tel est le titre dont nous nous proposons l'étude ; il est né uniquement de la pratique des affaires. Cette origine de la part bénéficiaire nous avertit que son caractère juridique, les règles qui la gouvernent, sont fort difficiles à déterminer. Non seulement nos lois n'en parlent pas, mais encore, comme elle est le fruit d'un état social sans précédent de cette vie industrielle et financière autrefois inconnue, la nouveauté de la situation rend fort délicate l'application des principes généraux de notre droit. Aussi le juge est-il appelé ici à jouer parfois le rôle du législateur : il doit s'inspirer de considérations d'utilité autant que de règles de droit. On comprend donc qu'avant d'aborder le problème juridique il soit nécessaire de l'examiner brièvement au point de vue économique, de saisir à quels besoins nouveaux correspond la création des parts de fondateur, quels services elles rendent, quels dangers elles présentent. Leur rôle s'est développé avec le temps : nous voulons étudier leur évolution au cours de ce dernier demi-siècle.

Les fondateurs reçoivent, en échange de ceux de leurs apports qui forment une partie du capital social, des actions d'apport ; mais ils réclament aussi la rémunération des dépenses qu'ils ont faites et du travail qu'ils ont fourni pour constituer la société, ainsi que des chances de perte et de responsabilité qui leur incombent. Ces éléments qui ne représentent aucune portion de l'actif social ne peuvent être rétribués au moyen d'actions d'apport, car le capital social ne serait pas intégralement souscrit. Ils l'étaient autrefois par des actions de prime ; mais outre que leur légalité est devenue fort douteuse, elles donnent à leur titulaire une influence regrettable : il n'est pas sans danger d'assimiler entièrement aux actionnaires et d'associer comme eux à la direction de l'entreprise des gens qui l'ont lancée mais qui, ne fournissant aucun apport en argent ou en nature, ne courent d'autres

action de dividendes. Bien qu'aucun vocable ne soit obligatoire, nous écarterons cette dernière dénomination comme pouvant prêter à confusion. — De même que le mot action, les expressions précédemment énumérées désignent tantôt le titre, tantôt le droit que ce titre représente.

risques que de perdre le fruit de travaux et de déboursés préparatoires souvent minimes ; la prudence conseille de les tenir à l'écart. Les parts de fondateur répondent à ce besoin, car elles ne donnent aucun droit à la direction de la société ; aussi les substituait-on aux actions de prime. Tel fut donc le rôle primitif des parts bénéficiaires ; elles coexistaient avec les actions d'apport, mais chacune avait sa fonction bien distincte ; celles-ci rémunéraient les mises constitutives de l'actif social, celles-là payaient d'autres services. La part de fondateur repose donc à son origine sur une idée absolument juste, rigoureusement honnête.

Son domaine d'application ne devait pas tarder à s'élargir. Elle offre en effet des avantages qui la recommandaient tout spécialement à l'attention des financiers. D'abord abstraitement et *a priori* elle est l'instrument le plus moral et la mesure la plus précise pour le paiement des apports ; elle ne vaut que ce que valent les bénéfices ; sa valeur est mathématiquement proportionnelle à la prospérité de la société. Puis, la difficulté de chiffrer certaines mises non tangibles, les risques judiciaires résultant de majorations ou de légèreté dans les évaluations devaient en bien des cas, la faire préférer aux actions. Et c'est ainsi que la part bénéficiaire servit à rémunérer des apports qui, constituant une portion de l'actif social, auraient pu être représentés par des actions d'apport ; employée d'abord uniquement en des hypothèses où son usage s'imposait parce qu'il était le seul procédé légal de rémunération, elle fonctionne maintenant là où ne figuraient autrefois que des actions de fondation. D'abord elle rétribua plutôt des apports incorporels, un nom, une marque, un brevet, puis bientôt aussi des mises corporelles. C'est ainsi que les 60000 parts du nouveau Comptoir d'Escompte ont été créées pour payer le fonds de commerce. Les deux parties eussent été fort embarrassées de le rémunérer équitablement en actions d'apports ayant une valeur chiffrée. Cette combinaison légale et légitime a été réalisée au grand jour, par deux mandataires de justice, avec l'approbation générale.

Jusqu'ici l'évolution est parfaitement loyale. Ce n'est point la volonté de tourner la loi afin de se livrer en toute liberté à des agissements qu'elle réprouve qui provoque le développement des parts de fondateur, ce sont les avantages économiques qu'elles

offrent et auxquels les sociétaires peuvent prétendre en toute légitimité. Cette première période, période d'honnêteté pour ainsi dire, est marquée et caractérisée par l'émission à laquelle procéda la Compagnie du Canal de Suez : M. de Lesseps avait réuni, pour étudier l'affaire, un certain nombre de personnes ; elles dépensent leur temps et leur argent en faveur de l'entreprise ; mais pour la développer, pour la mettre à exécution, il faut des capitaux plus nombreux. Quoi de plus juste que de venir dire à ceux qui s'associent par leurs capitaux : nous fondateurs qui avons eu l'idée de l'affaire, qui l'avons étudiée, qui avons acquis le matériel de première exploitation et commencé les travaux, nous nous réservons 10 % sur les bénéfices. Ainsi furent créées les parts bénéficiaires du Canal de Suez : elles valent aujourd'hui 750,000 francs et ont été divisées en centièmes, millièmes et dix millièmes de part.

Cette tentative avait trop bien réussi pour qu'on ne la renouvelât point : la Compagnie du Canal de Panama créa aussi des parts de fondateur. Mais, au lieu de conserver leur caractère de stricte honnêteté, elles furent distribuées pêle-mêle pour payer des travaux réellement utiles à la société et pour lui assurer des concours imaginaires ou inavouables ; c'était un premier danger. Les spéculations effrénées dont elles furent l'objet firent naître des abus plus graves encore. Il semble pourtant qu'elles auraient dû se mal prêter à l'agiotage ; aurait-on cru que le petit capitaliste se laisserait facilement aller à livrer son pécule pour un titre qui, ne donnant droit qu'à une part proportionnelle de bénéfices, ne lui assurera rien en retour du capital qu'il aura aliéné si des bénéfices ne sont pas réalisés ? Il semble aussi que la valeur élevée des parts bénéficiaires ait dû les rendre impropres à la spéculation. L'habileté des financiers triompha de ces obstacles : pour attirer la petite épargne on divisa la part en fractions de très petite valeur, représentées chacune par un titre. Et ces titres se prêtèrent d'autant mieux à l'agiotage que la jurisprudence refusa de leur appliquer la réglementation tutélaire de la loi de 1867 : dès lors point n'était besoin pour les jeter sur le marché et les faire servir à des combinaisons véreuses d'attendre que le quart du capital social fût versé et la société constituée. On sait comment se liquida la situation : émises à 5000 francs, les parts du Panama furent par des manœuvres de bourse portées à 30,000 francs : le

dixième de part se négocia à 3000 francs : puis elle tombèrent à zéro.

Ce succès prodigieux, suivi d'une chute profonde qui fit en passant bien des ruines, attira l'attention des économistes sur les parts de fondateurs et les abus dont elles étaient la source. Des revues se firent l'écho de l'opinion publique : précisant le vague de ses protestations, elles s'exprimaient à peu près en ces termes : Une société anonyme au capital de 1,000,000 s'est fondée et, sans parler des apports, attribue 25 % des bénéfices nets aux fondateurs ; cette société gagne 200,000 francs par an. La part des organisateurs sera de 50,000 francs, celle des actionnaires de 150,000. Deux ou trois personnes représentant les fondateurs auront à se partager 50,000 francs par an : les actionnaires détenteurs de 2000 actions, ce qui suppose au moins 200 à 300 personnes auront à se partager 150,000 francs. Et c'est encore avec leurs capitaux que sont payés les jetons de présence des administrateurs, les appointements des directeurs, personnages qui sont presque toujours les fondateurs, en sorte qu'ils reçoivent de tous côtés à la fois. — La société vient-elle à périlcliter ? les actionnaires perdent leurs capitaux ; les fondateurs manquent seulement de s'enrichir. C'est un manque à gagner. Mais que la société prospère, le partage des bénéfices sera-t-il plus équitable ? Si la société prospère les capitaux deviendront bien vite insuffisants et on procédera pour augmenter le capital à une nouvelle émission d'actions. Les actionnaires réunis, anciens et nouveaux, n'auront toujours à se partager que 75 % sur les bénéfices : mais comme le nombre des détenteurs d'actions aura doublé, quadruplé, etc., il faudra pour que les dividendes restent les mêmes pour chacun que les bénéfices doublent, quadruplent etc. Combien est différente la situation faite aux parts de fondateur : avec 1,000,000 de capital la société a gagné 200,000 francs ; avec 10,000,000 elle gagnent 2,000,000 ; avec 50,000,000, 10,000,000. Les parts bénéficiaires auront dans le premier cas à se partager 500,000 francs, dans le second 2,500,000 francs. Cette comparaison ne fait-elle pas ressortir l'exagération des avantages attachés aux parts de fondateurs ; sous une apparence modeste elles confèrent à leurs titulaires des droits exorbitants, éminemment dangereux pour les actionnaires qui sont ainsi privés d'une part légitime dans les bénéfices.

Et qu'on n'aille pas croire que ces dangers sont les seuls que présente la part bénéficiaire : chaque année en révèle de nouveaux. Ce titre est une arme à plusieurs fins dont les spéculateurs savent changer opportunément la destination. Après Suez, dans les premiers temps du Panama, les parts de fondateurs étaient à la mode : le mot sonnait bien aux oreilles. Etant donné le goût excessif du public pour cette nouveauté financière, des banquiers eurent l'idée, pour attirer à eux un plus grand nombre de souscripteurs, de promettre une part à tous ceux qui souscriraient un certain nombre d'actions. Cette émission était-elle licite ? C'est ce que nous rechercherons plus tard ; en tous cas elle fut très usitée, bien qu'au fond elle constituât une simple supercherie. Il faut remarquer en effet que ces parts bénéficiaires ne peuvent rapporter qu'autant que la société réalise des bénéfices, et que ceux qui sont prélevés pour rémunérer ces titres diminuent d'autant le *quantum* des dividendes. C'était donc retirer d'une main aux actionnaires souscripteurs ce qu'on leur donnait de l'autre, gratuitement, comme prime, sous forme de part. Que faut-il penser dans ce genre d'affaire de la naïveté du public, de sa crédulité et de l'imagination féconde de ceux qui proposent de telles combinaisons !

D'ailleurs on n'avait pas extrait de la part de fondateur tout ce qu'elle pouvait donner : elle renferme bien d'autres ressources. Au début de 1889, on venait de découvrir en Afrique des mines d'or, que les prospectus financiers disaient d'une richesse fabuleuse. En Angleterre sévissait avec les actions de 20 francs comme une fureur de spéculation sur ces mines ⁽¹⁾ ; c'était la petite épargne qui se ruait sur le marché et pour l'atteindre il fallait des titres de peu de valeur, que l'on achète comme un billet de loterie. Les agioteurs de Paris seraient-ils donc privés de cette bonne aubaine, parce qu'une loi antilibérale défendait d'émettre les actions au taux de 10 et de 20 francs ? On essaya bien de lancer des actions de 25 francs, émises par des sociétés anonymes qui s'organisaient à Paris dans les formes de la loi anglaise et cherchaient à couvrir leur illégalité sous cette nationalité d'emprunt : mais une jurisprudence mal intentionnée déjoua la ruse ⁽²⁾. C'eût été pourtant bien mal juger l'habileté de nos spéculateurs que d'imaginer qu'ils ne trouveraient

(1) *La Finance Nouvelle*, février 1889.

(2) Chronique. *Revue des Sociétés*, 89, p. 171.

pas quelque moyen pour tourner la loi. Elle défend d'émettre des actions inférieures, selon les cas, à 100 ou 500 francs, mais elle ne réglemente pas les parts de fondateur et leur régime est celui de la liberté : on lancera donc sur le marché des parts à 10 francs. Jusque là elles n'avaient été que l'accessoire dans les sociétés par actions, elles y deviendront le principal : ainsi une société se constituera avec un capital-actions de 100,000 francs et 90,000 parts à 10 francs : total 1,000,000, représentant, dira le prospectus, la valeur de la chose mise en société. Les parts bénéficiaires destinées primitivement à rétribuer certains services d'une nature toute spéciale rémunèrent aujourd'hui la presque totalité de l'actif social.

Et cette déviation s'est accentuée encore depuis la loi du 1^{er} août 1893, qui ne permet de négocier les actions d'apport que deux ans après la constitution de la société. Elle est bien impertinente cette loi qui, sous prétexte de protéger l'épargne publique, prétend s'opposer à l'honnête trafic des fondateurs-apporteurs : le lendemain de la constitution ils se débarrassaient moyennant un bon prix des actions d'apport qu'ils s'étaient généreusement octroyées. Seraient-ils donc obligés de travailler, de rester deux ans liés à l'entreprise qu'ils ont organisée, de créer une société sérieuse et, deux longues années durant, de la soutenir par leurs efforts, sous peine de se voir engloutis eux-mêmes sous ses décombres ? Oh ! naïf législateur, et quelle est donc l'utilité des parts de fondateur ? Deux ans vous frappez d'interdit les actions d'apport, nous les remplaçons par les parts bénéficiaires. Et qui donc pourrait se plaindre ? La loi ? mais nous allons au-devant de ses désirs ; elle entrave la négociation des actions d'apport par ce qu'elle les considère comme dangereuses, nous faisons mieux, nous les supprimons. Les fondateurs ? mais leurs mises, les prestations de toute espèce qu'ils peuvent fournir à la société, sont rémunérées plus généreusement encore que par le passé. Ils ont les parts de fondateur en nombre pour ainsi dire illimité, émises au taux qu'ils veulent, *immédiatement négociables*. Ce sont des titres commodes et alléchants, qui n'énoncent aucun chiffre et laissent le champ libre à l'imagination d'un public trop naïf que surexcite encore la soif d'un gain rapide. Les dangers que le législateur a voulu prévenir sont-ils conjurés ? Du tout ; mais qu'im-

porte que la loi soit violée dans son esprit puisqu'aux termes de la jurisprudence il suffit qu'elle soit observée dans sa lettre.

Ce rapide historique nous montre comment les avantages économiques que présentent les parts de fondateur, l'absence de toute réglementation légale qui entrave leur fonctionnement, leur merveilleuse souplesse qui les rend aptes à des combinaisons auxquelles ne sauraient se prêter les actions qu'enserme la loi, ont déterminé l'extension considérable de ce genre de titre. Quelles que soient d'ailleurs les causes, la légalité et l'honnêteté de cette évolution, il la faut bien constater, elle est un fait accompli. Les jugements et les arrêts attestent le rôle important de ce titre dans le mécanisme des sociétés. Ils attestent aussi que ce rôle se développe et se complique, puisque, sur les 14 affaires jugées depuis 1881, on en trouve huit dans les cinq dernières années. Sans doute les dispositifs de ces décisions n'ont jamais dit : « les parts bénéficiaires sont licites », parce que jamais la question n'a même été posée ; en revanche les motifs reconnaissent à chaque ligne leur légitimité et leur validité juridique. — Le fisc à son tour, dans tous les impôts qui frappent les titres (revenu, mutation, timbre), a réservé le compartiment des parts de fondateur. — Enfin la Chambre syndicale des Agents de change a admis à son Bulletin authentique et négocie officiellement 481,871 parts, créées par 29 sociétés différentes. Beaucoup de ces titres sont à des prix élevés, résultat de dividendes rémunérateurs. Ces sociétés se répartissent comme suit :

Travaux publics, canaux, chemins de fer, etc.	8 sociétés.
Mines, carrières, métallurgie	4 —
Industries diverses	8 —
Navigation	3 —
Banques	3 —
Journaux	2 —

Les parts de fondateurs qui se négocient en banque sont en nombre bien plus considérable encore. — Dans les deux cotes indépendantes les plus autorisées, on relève 14 sortes de titres de cette nature. Il faut y ajouter un grand nombre de titres similaires, dont quelques-uns très importants, qui se négocient en banque

sans être inscrits à une cote quelconque. M. Genevois ⁽¹⁾ déclare rester dans les limites modérées en évaluant à un million de titres le nombre des parts bénéficiaires, créées par environ 120 sociétés. Leur valeur dépasse certainement 250 millions de francs.

Ces chiffres établissent quelle place importante tiennent sur notre marché financier les parts de fondateur et quelle attention elles méritent. Nous examinerons donc successivement :

I. Leur légalité. — Leur nature et leur caractère juridique.

II. Les conditions de leur émission et de leur transmission.

III. Les droits qu'elles confèrent.

Titre Deuxième.

De la légalité des parts de fondateur. — Leur nature et leur caractère juridique.

Il n'y a dans tout l'arsenal de nos lois aucun texte qui fixe la nature ou même qui consacre, en termes exprès, la légalité des parts bénéficiaires. La même lacune existe dans la législation des États voisins ; ce genre de titre y fut pourtant connu plus tôt que chez nous : c'est ainsi qu'en Allemagne la prospérité inattendue qu'y jeta, après 1870, la rançon de cinq milliards provoqua une spéculation effrénée sur les parts de fondateur. On empêcha les financiers de se réserver dans les sociétés qu'ils organisent des avantages excessifs, mais aucun texte ne vint réglementer d'une façon spéciale les parts bénéficiaires. Ici donc, la législation comparée, généralement si précieuse dans ces matières nouvelles du droit commercial, ne peut nous éclairer. Silence des textes, absence de lois étrangères, c'est à l'analyse seule que nous pouvons recourir.

Qu'est-ce donc qu'une part de fondateur ? Est-ce une créance contre la société, une part sociale ou, plus spécialement encore une action ? La question importe beaucoup, car de la solution qu'elle reçoit dépend plus ou moins celle de difficultés multiples. D'abord si les porteurs de part ne sont que des créanciers, la légalité de ce titre n'est pas douteuse, car chez nous, sous la seule sanction des règles du droit commun, les particuliers peu-

(1) GENEVOIS, *Traité des parts de fondateur*.

vent librement faire naître une créance, même sous la forme d'obligation.

Si les porteurs de parts sont des sociétaires, mais des associés *sui generis* et non des actionnaires, la légalité des parts bénéficiaires nous paraît encore incontestable. A ceux qui objectent avec M. Chavegrin qu'on ne conçoit pas dans une société anonyme d'autres associés que des actionnaires, nous répondrons que c'est là une affirmation sans fondement, que nous n'apercevons aucune raison juridique qui s'oppose à ce que dans une société anonyme ou en commandite il y ait des associés non actionnaires.

Mais la question devient beaucoup plus délicate lorsqu'on considère la part de fondateur comme une action. Il faut alors, pour être logique, la soumettre à l'application de l'article 34 du Code de commerce, aux termes duquel « le capital social se divise en actions d'une valeur égale ». Or par la création originaire de deux catégories d'actions, les parts bénéficiaires en concours avec les actions proprement dites, la société se trouve émettre des actions de valeur inégale. L'argumentation manque de force, car dans la discussion de la loi de 1867 le ministre des finances reconnut que « l'article 34 énonçait un usage plutôt qu'il ne proclamait une obligation » ; ce texte n'a pas le caractère impératif qu'on lui suppose (1). — Soit, dit-on alors, mais du moins ne devez-vous admettre la légalité des parts que si leur taux à l'émission est supérieur à 25 ou à 100 francs, selon les cas (art. 1^{er} de la loi de 1893) ; et ainsi on prouve indirectement leur illégalité, car ne conférant aucun droit au capital social, ne participant qu'à des dividendes aléatoires, elles ne sont pas susceptibles, à l'origine de la société, d'être évaluées à un taux quelconque, du moins dans le sens de la loi qui fixe le taux d'après le montant du droit au capital ; elles tombent donc sous la prohibition du minimum légal et sont illicites. A cette objection on répond : si, pour ceux qui rangent la part de fondateur au nombre des actions, toutes les règles des lois de 1867 et de 1893 lui sont, en principe, applicables, il en est pourtant parmi elles qu'il faut exclure. Ceux-là même qui font de la part une action, sont bien forcés de reconnaître qu'elle est une action *sui generis*, soustraite par sa nature

(1) LYON-CAEN et REAULT, *Précis de droit commercial*, I, n° 471 *in fine*.

à certaines des prescriptions légales, et notamment à celle qui fixe le taux d'émission. Ce texte déclare en effet que « les sociétés par actions ne peuvent diviser leur capital en actions de moins de 25 francs ou etc. » : c'est-à-dire *qu'il prohibe l'émission de titres donnant sur le capital un droit inférieur à 25 ou à 100 francs selon les cas* ; mais il est parfaitement étranger aux actions telles que les parts bénéficiaires qui ne permettent que de participer aux bénéfices et ne donnent aucun droit sur le capital social.

On s'attaque alors à ce raisonnement et la multiplicité des arguments par lesquels on s'efforce de le réfuter est une preuve de sa solidité. D'abord on remarque que, pour interpréter la loi de 1867, on ne saurait mieux faire que de recourir à l'avis de son rapporteur M. Mathieu. Or il pense que cette loi ayant déterminé un minimum pour le taux de l'action, « les actions de jouissance elles-mêmes ne peuvent être divisées en fractions inférieures à ce taux » ⁽¹⁾ ; sans doute ce passage ne vise pas expressément la part de fondateur, alors inconnue, mais il s'y réfère implicitement, car elle n'est qu'une variété des actions de jouissance : toutes deux ne confèrent qu'un droit aux bénéfices. D'ailleurs « la loi a voulu mettre obstacle à l'agiotage sur tous les titres des sociétés indistinctement ». M. Pont ⁽²⁾ répondait que le péril est imaginaire avec les parts bénéficiaires ouvertement aléatoires et auxquelles ne se laissera jamais prendre le petit capitaliste. En quoi il a été bien mauvais prophète ; il ne connaissait ni Suez ni Panama.

Pour répondre à cette objection il ne faut pas rechercher l'esprit de la loi, il faut s'en tenir au texte : l'article 4 ne parle que des actions qui sont des divisions du capital social, qui confèrent le droit à une quote part de celui-ci ; il est étranger aux parts bénéficiaires qui ne participent qu'aux dividendes.

On sent bien la force de l'argumentation basée sur le texte, on sent que c'est au texte lui-même qu'il faut s'attaquer et on cherche à lui donner des sens détournés, difficiles à saisir et par suite à réfuter. Nous demandons pardon au lecteur des subtilités que nous allons aborder ; mais nous devons y suivre la discussion dont nous rapportons les phases. C'est M. Duvergier ⁽³⁾ d'abord qui

(1) MATHIEU et BOURGUIGNAT, op. cit., n° 9 et n° 18³, note 2.

(2) PONT, 1^o, c^{to}.

(3) *Collection des Lois*, t. XVI, p. 336.

nous dit que la lettre même de l'article 1^{er} est assez compréhensive pour viser les actions de jouissance (et par suite les parts bénéficiaires), et il en donne cette raison que « c'est sur le capital de la société, fécondé par le travail des associés, que se sont fondés les droits de ceux qui ne prennent part qu'aux bénéfices ». La part du fondateur est donc une émanation du capital, c'en est, conformément au texte de la loi, une division. Le raisonnement est habile, mais cache une confusion. Au fond, l'idée de M. Duvergier se ramène à dire que les parts bénéficiaires sont rémunérées au moyen des produits du capital social et l'on en pourrait conclure qu'elles tombent sous le coup de l'article 1^{er} s'il prohibait « la distribution d'actions ne *donnant, sur les produits du capital*, qu'un droit si faible, que ces actions n'atteignent pas la valeur de 25 ou de 100 francs selon les cas ». Mais telle n'est pas la portée de ce texte ; il ne défend que l'émission de titres donnant sur *le capital* (et non sur ces produits) un droit inférieur à 25 ou à 100 francs.

Tout récemment encore, on a cherché à donner à l'article 1^{er} une troisième signification. Il interdirait la remise, *en échange* d'apports constitutifs du capital social, d'actions ayant une valeur inférieure à 25 ou à 100 francs : mais il serait étranger aux titres par lesquels sont rétribuées les prestations qui n'entrent en aucune façon dans la composition du capital social. C'est l'opinion de M. Vavasseur⁽¹⁾ ; il en conclut qu'en principe les parts de fondateur sont légales et peuvent être émises à un taux quelconque, mais qu'elles cessent de l'être quand elles sont attribuées par les statuts aux souscripteurs d'actions de capital : ce serait un second titre pour la même action et un titre manifestement inférieur au taux minimum fixé par la loi de 1867 puisqu'il ne porte que sur des bénéfices futurs et aléatoires. La combinaison ne serait valable que si les deux titres étaient indivisibles et ne pouvaient se négocier l'un sans l'autre. — Cette interprétation, fort séduisante car elle couperait court à certains subterfuges plus ou moins honnêtes, semble fausser le sens de l'article 1^{er}. Il ne dit pas que les actions remises en échange du capital social ne peuvent être inférieures à un certain taux de telle sorte que celles qui rému-

(1) Article de M. Vavasseur, dans la *Revue des Sociétés*, 1890, p. 543.

néreraient d'autres services pourraient avoir une valeur quelconque; il déclare que le capital social ne peut être divisé en actions de moins de 25 ou de 100 francs, c'est-à-dire tout simplement que ce capital ne peut être réparti entre les actionnaires de telle sorte que chacun d'eux ait *sur lui* des droits inférieurs à 25 ou à 100 francs. Quant aux titres qui, bien que délivrés en échange du capital ne confèrent *qu'un droit aux bénéfices*, l'article 4^{er} ne les vise pas.

Telles sont les subtilités par lesquelles ceux qui considèrent les parts bénéficiaires comme des actions s'efforcent de concilier leur opinion avec la légalité de ces titres émis à un taux quelconque. Sans entrer dans les détails de la discussion précédente, nous nous contenterons de constater qu'il est peu logique de voir dans la part une action, d'en déduire, ainsi que nous l'expliquerons, qu'elle obéit à toutes les prescriptions des lois de 1867 et de 1893, et de n'exclure parmi elles que celle qui détermine le taux d'émission. On invoque un argument de texte; comme si le mot action n'avait pas le même sens dans les articles 3 et 4 que l'on déclare applicables et dans l'article 4^{er} que l'on rejette ! La vérité est que l'illégalité des parts, qu'on la proclame franchement ou qu'on y aboutisse indirectement en les soumettant à la prohibition du minimum légal, eût été un résultat inadmissible en pratique; voilà pourquoi on se met l'esprit à la torture afin de prouver que, tout en étant des actions, elles sont légalement émises. Toutes ces arguties scolastiques perdraient leur raison d'être si l'on reconnaissait que la part de fondateur n'est pas une action; n'y a-t-il pas là une sorte de préjugé contre cette théorie.

Quoi qu'il en soit presque tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître la légalité de ces titres⁽¹⁾; la jurisprudence aussi est en ce sens⁽²⁾. Le projet sénatorial de 1884 puis un vœu adopté par le Congrès international de 1889 ne faisaient donc que ratifier un état de fait, quand ils permettaient expressément aux sociétés anonymes d'émettre des parts bénéficiaires⁽³⁾. Cette solution est

(1) BUCHÈRE, art. dans le journal *La Loi* du 30 janvier 1886. — BOUSQUET, art. dans *Journal des Sociétés*, 1885, p. 752.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 20 décembre 1894. *Revue des Sociétés*, 95, p. 105.

(3) Ajoutons enfin que si le Parlement n'a pas encore donné force de loi à la disposition du projet de loi voté en 1884 par le Sénat, portant reconnaissance

d'ailleurs parfaitement d'accord avec les nécessités économiques. Malgré tout le mal qu'on en a dit et tous les abus dont elle a été l'instrument, la part de fondateurs remplit un rôle nécessaire : elle assure la rémunération du travail en face du capital. Voilà par exemple une société qui se constitue au capital de 1,000,000 représenté par 2,000 actions de 500 francs : elles rétribuent le capital. Mais le fondateur ne mérite-t-il pas une rémunération spéciale à raison du travail qu'il a fourni, de l'organisation de l'entreprise, des études, des avances qu'il a faites pour la mettre sur pied. Cette rémunération, il est impossible de la réaliser au moyen des actions d'apport, puisque le travail fourni ne représente aucun élément de l'actif social ; il faut nécessairement qu'elle consiste en une part dans les bénéfices ; et pourquoi cette part ne revêtirait-elle pas la forme si commode des titres de commerce ?

Nous venons de voir que, quelle que soit leur opinion sur la nature des parts bénéficiaires, presque tous les juristes en admettent la légalité. Mais, selon la théorie qu'ils professent sur le caractère juridique de ce genre de titres, ils divergent profondément lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions auxquelles est subordonnée l'émission des parts, les règles qui gouvernent leur transmission entre vifs et leur forme, enfin les droits qu'elles confèrent et les obligations dont elles sont la source (1). Avant d'aborder

expresse des parts de fondateur, le législateur a eu maintes fois l'occasion de se prononcer tacitement sur leur légalité, notamment dans la discussion de certains projets d'intérêt local, contenant approbation des statuts d'entreprises constituées pour l'exécution de travaux d'utilité publique. A cet égard nous citerons la disposition suivante insérée dans une loi d'intérêt local du 13 décembre 1893 : « Le paragraphe 3 de l'art. 6 de la loi du 9 juillet 1892, ayant pour objet la déclaration d'utilité publique d'une distribution d'énergie électrique produite par une chute d'eau dérivée du Rhône en amont de Lyon, est modifié comme suit : Les concessionnaires ou les fondateurs de la société, n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances dont le compte, appuyé de pièces justificatives, aura été accepté par l'assemblée générale des actionnaires. Toutefois ils pourront se réserver une *part dans les bénéfices nets* de la société. »

(1) On a pourtant prétendu qu'il importait peu, au point de vue pratique, de déterminer la nature juridique des parts de fondateurs. « Nous estimons en effet qu'il y a lieu de décider, quelle que soit la nature juridique de la part, qu'elle constitue une véritable action ou une simple créance contre la société, que..... etc. » D. S. *Répertoire* v° *Société*, n° 872). Suivent un certain nombre de solutions. — Mais, ainsi que nous le verrons dans la suite de ces développements,

l'étude de ces divers problèmes qui font l'objet des titres suivants, il faut donc nous prononcer sur la nature juridique des parts de fondateur. L'absence d'un texte précis et d'une définition légale a fait régner sur cette question une grande incertitude ; elle s'est traduite par bien des contradictions en doctrine et par du vague en jurisprudence. De cette indécision nous relevons un curieux symptôme dans la Cote officielle des agents de change de mars 1893. La chambre syndicale y classe d'abord sous la rubrique obligations (2^e partie) un titre bénéficiaire qu'elle ne tarde pas à ranger parmi les actions. « En réalité cette seconde classification, quoique moins radicalement inexacte que la première, est encore impropre. Si cela pouvait avoir quelque importance en pratique, on serait dans la vérité ou ouvrant une troisième rubrique » (1). — Cette remarque reflète avec une parfaite exactitude l'état de la question : selon les uns, la part de fondateur est une créance, selon les autres une action, selon d'autres encore un titre *sui generis*.

I. — Dans le silence de la loi c'est évidemment aux statuts qu'il faut recourir ; or beaucoup d'entre eux définissent le titre bénéficiaire « créance de bénéfices éventuels ». Elle naît de la stipulation statutaire et cette stipulation elle-même n'est que la reconnaissance d'un droit préexistant résultant des soins fournis et des démarches faites pour créer la société. — Et après avoir ainsi expliqué l'existence d'une créance on passe, en quelque sorte, à la partie négative de la théorie ; après avoir établi que le porteur de part peut être considéré comme un créancier, on démontre qu'il ne peut être revêtu que de cette qualité, qu'on ne saurait voir en lui un sociétaire. On ne peut en effet appeler associé celui qui aux termes du pacte social ne porte pas ce nom, qui dans une société de capitaux n'a aucun droit au capital. Veut-on d'ailleurs éclairer cette situation dont la nouveauté déroute par une comparaison avec des institutions déjà anciennes ? Le porteur de part n'est pas plus un associé qu'un employé de commerce intéressé dans la maison, que

ces solutions varient justement avec la nature juridique que l'on attribue à la part ; de telle sorte que l'opinion sus-indiquée pourrait bien cacher un cercle vicieux.

(1) GENEVOIS, op. cit.

l'un de ces assurés qui dans certaines compagnies participent aux bénéfices (1).

A cette théorie on a objecté que « toute créance suppose nécessairement l'existence d'un capital dû ». Le corollaire de la créance c'est la dette : or la société n'est tenue d'aucune dette au regard du titulaire d'un titre bénéficiaire, car n'ayant droit qu'aux bénéfices, il ne peut rien réclamer à la société lorsqu'elle n'en réalise point. Celle-ci n'est donc pas sa débitrice et par suite il n'est pas son créancier (2). Le défaut de l'argumentation saute aux yeux ; sans doute elle établit que la part de fondateur n'est pas, comme l'obligation (3), une créance ferme, mais non qu'elle n'est point une créance conditionnelle subordonnée à la réalisation de bénéfices. Il nous paraît même bien difficile de nier l'exactitude de cette dernière notion, mais ce que nous contestons, ce sont les conséquences qu'on en voudrait tirer. Nous reconnaissons que le porteur d'une part est un créancier conditionnel de dividendes, mais nous prétendons qu'il est plus que cela, qu'il est un associé. Et qu'on ne vienne pas dire qu'il y a antinomie entre nos deux affirmations, car, et c'est ici le nœud du débat, dans une société qui jouit de la personnalité civile, les droits d'un créancier sont à certains égards de même nature que ceux d'un sociétaire ; celui-ci n'est qu'un créancier *sui generis*. L'action aussi, envisagée sous un certain aspect, est une créance de bénéfices éventuels qui se transforme plus tard en une créance de dividendes exigibles, et pourtant personne n'a jamais contesté à l'actionnaire la qualité d'associé. La question demeure donc entière ; elle est même établie sur son vrai terrain : en réalité le débat consiste à rechercher si la créance d'un porteur de part bénéficiaire n'est pas en outre affectée des qualités qui caractérisent le droit d'un associé.

On sait comment on l'a nié : manqueraient d'abord le nom puis le droit au capital social. Mais qu'importe que les titres bé-

(1) ROUSSEAU, Questions nouvelles sur les sociétés, p. 159, et *Journal des Sociétés*, 1880, p. 600. — DELOISON, op. cit. p. 325. — WAHL, traité des titres au porteur, n° 292. — BUCHÈRE, dans *La Loi* du 30 janvier 1886. — BOUVIER-BANGILLON, *La législation nouvelle sur les sociétés*, p. 147 et s.

(2) Article de M. Ernest Bousquet, dans le *Journal des Sociétés*, 1885, p. 750.

(3) Il est évident qu'on ne peut confondre l'obligation qui donne droit à un intérêt annuel fixe avec la part qui participe à des bénéfices éventuels. Mais ainsi que nous l'expliquons au texte, telle n'est pas la question controversée.

néficiaires ne soient pas appelés par les statuts « parts sociales » ? Qu'importe encore qu'ils ne fassent point partie intégrante du capital de la société au partage duquel ils ne participent pas ? La dénomination plus ou moins exacte d'un droit n'influe pas sur sa nature intime, sur son caractère intrinsèque. Puis il y a des associés qui ne participent pas au partage du capital social : les actions industrielles existent en dehors de lui, n'y donnent aucun droit et pourtant on ne refuse pas à leurs détenteurs la qualité de sociétaires. D'ailleurs la définition du contrat de société, telle que la donne l'article 1832 du Code civil, n'implique pas que toutes les parties concourent nécessairement au partage du capital. — On nous oppose que l'assuré d'une compagnie d'assurance mutuelle partage les bénéfices et pourtant n'est qu'un créancier : or cette allégation est inexacte. L'assuré a une double qualité : il est créancier conditionnel de la société en cas de sinistre, mais il est aussi associé parce qu'il participe aux bénéfices. Or cette participation n'est pas étrangère au porteur d'un titre bénéficiaire ; pourquoi donc ne serait-il pas aussi associé ? En sorte que loin de pouvoir nous être opposée, la comparaison qu'invoquent nos adversaires se retourne contre eux.

Ils sont donc impuissants à prouver que le porteur d'une part de fondateur manque d'une qualité essentielle du sociétaire, d'une de ces qualités en l'absence desquelles on ne conçoit pas la notion de société. Bien plus, nous établirons que le porteur de parts remplit toutes les conditions exigées par la loi pour mériter le titre d'associé. Aux termes de l'article 1832 du Code civil est associé « celui qui a mis avec d'autres quelque chose en commun dans l'espérance d'en tirer des bénéfices » ; les textes suivants développent le sens de cette définition et mettent bien nettement en relief ces deux règles que, par l'effet du pacte social, chaque contractant doit être appelé : 1^o à participer aux bénéfices (1853) 2^o et aux pertes de l'entreprise (1855). Il est évident que le titulaire d'une part bénéficiaire remplit la première de ces conditions, mais on a prétendu que, dans la convention intervenue entre lui et la société, on ne trouvait pas le second élément substantiel de toute association : la contribution aux pertes. C'est contre cette assertion que nous nous élevons. La règle de l'article 1855 § 2 a été élucidée par la doctrine et par la jurisprudence de telle façon

qu'on n'en peut tirer argument contre la stipulation des parts de fondateur. Pour nous en tenir à la jurisprudence, la Cour de Cassation (9 juillet 1884, 2 avril 1889 et 20 décembre 1893) pose des principes très nets : elle est allée jusqu'à admettre qu'un intéressé reste créancier du capital mis dans une société, et ne soit *associé que pour la jouissance* dudit capital, la privation d'intérêts constituant une contribution aux pertes, lors même qu'on lui restitue son capital intact. Or la part bénéficiaire doit avoir une cause licite qui est la rémunération d'un concours matériel et moral. Si la société ne produit pas de bénéfice, cette rémunération échappe au bénéficiaire : il a perdu son temps, son travail, ses droits, en un mot l'objet de la stipulation. Il court donc le risque de perdre le prix éventuel stipulé en paiement d'une prestation quelconque ; il contribue aux pertes, il est sociétaire. — Enfin si, nous élevant au-dessus du commentaire étroit des textes, nous envisageons la pratique des affaires n'est-il pas contraire à la réalité des faits de ne point considérer comme associé celui qui, plus que tout autre, par ses démarches ses avances son activité a contribué à former le pacte social, celui qui en outre demeure responsable des nullités dont la société peut être entachée ; n'est-il pas infiniment plus associé que celui qui s'est contenté de souscrire quelques actions. Ce n'est pas un tiers quelconque muni d'une créance contre une société à l'organisation de laquelle il est resté parfaitement étranger ; si quelqu'un est dans l'affaire, c'est le fondateur ; il se rattache à la société par un lien étroit ; il est associé ; la part bénéficiaire qu'il obtient pour rémunérer ses services représente donc bien une part sociale, de telle sorte que « s'il l'aliène, quiconque acquiert le titre reçoit en l'acquérant le droit de se dire associé ⁽¹⁾ ».

D'ailleurs, en pratique, les plus sérieux inconvénients condamnent la théorie qui voit dans la part de fondateur une simple créance. Sans les examiner ici en détail, nous remarquerons seulement que, si le porteur d'une part n'est qu'un créancier, l'attribution qu'il reçoit de ce titre n'est pas soumise à l'approbation des assemblées constitutives, car l'article 4 de la loi de 1867 ne parle que des avantages particuliers faits *aux associés*. — De plus, pour ceux qui assimilent ce porteur à un créancier conditionnel, l'in-

(1) CHAVEGRIN : note sous Cas. Civ. 29 février 1888. S. 89. I. 419.

demnité qu'il obtient lorsque la société se dissout prématurément représente, sous forme de dommages-intérêts, un droit de créance : c'est une créance conditionnelle de dividendes, qui devient immédiatement exigible parce que la société débitrice a par sa faute, par sa dissolution anticipée, rendu impossible l'exécution de la condition (art. 1178 du Code civil). Il semblerait dès lors, dans ce système, que le bénéficiaire dût concourir pour le paiement de cette indemnité avec l'obligataire, car leurs droits sont de même nature. — Enfin le porteur de part pourrait, en sa qualité de créancier, invoquer l'article 42 (ancien) de la loi de 1867 et, lorsque la société est annulée, faire peser sur ses fondateurs une responsabilité illimitée. Ce sont là conséquences trop inadmissibles en pratique pour que la jurisprudence ait osé les consacrer : aussi reconnaît-elle, après quelques hésitations, que le titulaire d'une part est autre chose qu'un créancier⁽¹⁾.

La part de fondateur n'est donc pas une simple créance contre la société ; elle est une part sociale. Précisant davantage, des jurisconsultes ont soutenu qu'elle n'était autre chose qu'une action⁽²⁾. Cette conclusion serait la conséquence nécessaire des développements qui précèdent : nous avons établi que le titulaire d'un titre bénéficiaire est un associé : comme on ne conçoit pas dans une société anonyme d'autres associés que les actionnaires, il en résulterait qu'il jouit nécessairement de cette qualité⁽³⁾. — D'ailleurs les porteurs de part sont investis des droits de toucher des dividendes et de se substituer des tiers par voie de cession, c'est-à-dire des seuls droits sans lesquels l'action ne se conçoit pas. — Enfin cette solution se recommande puissamment au point de vue pratique. Si on la repousse, l'usage des parts bénéficiaires présente les plus graves dangers : soustraites aux dispositions tuté-

(1) « Attendu que les parts bénéficiaires sous quelque nom qu'elles existent ne constituent pas une créance sur la société qu'elles n'ont à aucun degré le caractère d'une créance ». Tribunal de commerce de la Seine, 25 septembre 1894 ; dans le *Droit* du 13 octobre 1894. — « Attendu que l'acquisition par X de parts de fondateur ne saurait en aucun cas le constituer créancier de la société ». Tribunal de commerce de la Seine, 12 août 1891, 1^o c^o.

(2) THALLER. *Revue critique*, 1881, p. 534. — 1887, p. 220. — CHAVEGRIN, 1^o c^o. — LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n^o 560 bis. — BOUSQUET. *Journal des Sociétés*, 1885, p. 748 et suiv. — Jules VALÉRY. Note sous Tribunal de commerce de la Seine, 5 novembre 1894. D, 95, II, 302. — VAVASSEUR, op. cit., n^{os} 532-534.

(3) CHAVEGRIN, 1^o c^o.

lares des lois de 1867 et de 1893 qui ne règlent que les actions, elles se prêtent merveilleusement à l'agiotage et aux manœuvres des spéculateurs.

L'argumentation est forte mais ne nous convainc pas. Et d'abord le raisonnement formulé par M. Chavegrin ne nous touche point : nous n'apercevons aucune raison juridique qui s'oppose à ce que, dans une société anonyme ou en commandite, il y ait plusieurs catégories d'associés, les actionnaires ayant un droit sur le fonds social et les porteurs de parts de fondateur ayant droit simplement à une portion des bénéfices. Dans une société par actions, les associés ont souvent des droits différents : à côté des actions de priorité il y a les actions ordinaires : à côté des actions de capital les actions de jouissance. Il peut donc y avoir à côté des associés porteurs d'actions, des associés porteurs de parts bénéficiaires.

Les seuls droits caractéristiques de l'action sont, prétend-on, ceux de toucher des dividendes et de se substituer des tiers par voie de cession. C'est là précisément ce que nous nions. Que telle doive être la notion théorique de l'action on le pourrait déjà contester. Mais ici nous ne faisons pas de métaphysique juridique, nous cherchons seulement à interpréter la loi : il nous suffit donc d'établir que la conception précédente n'est pas celle des rédacteurs de nos lois. Or, dans l'esprit du législateur, en outre des deux droits précités il est plusieurs autres *criteria* en l'absence desquels l'action ne se conçoit pas : 1^o Elle est partie intégrante du capital social, garantie des tiers, et entre dans la composition de ce capital pour une somme chiffrée. — 2^o Elle confère le droit de participer, dans les conditions des statuts et de la loi, aux assemblées générales qui sont le pouvoir souverain des sociétés anonymes.

Et d'abord l'action, au sens légal du mot, est toujours et nécessairement partie intégrante du capital social. « Le capital de la société anonyme, dit l'article 34 du Code de commerce, se divise en actions et même en coupons d'action d'une valeur égale ». Il résulte de toutes les dispositions des lois de 1867 et de 1893 que les actions sont les titres qui, par l'ensemble de leurs valeurs chiffrées, forment le capital. Faut-il rappeler encore à quelles subtilités conduit l'opinion adverse et par quelles arguties on s'efforce de prouver que, dans l'article 1^{er} de la loi de 1867, le mot

actions désigne uniquement les titres représentatifs du capital social, tandis que dans les articles 2, 3, 4, etc., cette même expression embrasse aussi les parts de fondateur ?

On nous oppose que le droit au partage du fonds social n'est pas de l'essence des actions puisque certaines d'entre elles, les actions de jouissance et les actions industrielles, ne donnent pas ce droit. Fût-elle exacte, cette allégation n'ébranlerait pas notre opinion, car il subsisterait toujours entre les titres précités et les parts bénéficiaires cette différence profonde que ceux-là permettent à leurs titulaires de participer à l'administration de la société, tandis qu'à celles-ci aucune prérogative de ce genre n'est attachée. — Et d'ailleurs on dénature quelque peu notre criterium : il consiste moins dans le droit de participer au partage du fonds social que dans ce fait que l'action est partie intégrante du capital social, qu'elle entre pour une somme chiffrée dans sa composition, c'est-à-dire qu'elle correspond à une portion de ce capital numériquement égale à la valeur nominale du titre ; or ce caractère appartient à l'action de jouissance. Le remboursement effectué ne diminue pas, en effet, le capital initial puisqu'il s'effectue à l'aide de bénéfices réalisés ; l'action de jouissance entre donc pour une somme chiffrée dans la composition du capital social puisque sa valeur chiffrée correspond à une somme équivalente qui, actuellement encore, fait partie du capital annoncé aux tiers. La part de fondateur ne nous offre rien de tel.

Quant aux actions industrielles il faut bien reconnaître qu'elles ne font pas partie intégrante du capital social. Mais ce n'est point un langage inexact, consacré peut-être par l'usage mais non par la loi, qui nous peut éclairer. Juridiquement parlant l'expression est inexacte ; dans le sens strict de la loi, les actions industrielles pas plus que les parts bénéficiaires ne sont des actions. — Et cette interprétation stricte de la signification légale qu'il faut attribuer au mot action s'impose avec d'autant plus de force que les textes qu'il s'agit d'appliquer sont des textes de droit étroit, restrictifs de la liberté d'association.

Nous avons dit en second lieu, que l'action suppose nécessairement pour son titulaire le droit de prendre part à la direction de la société. A cela on objecte que le droit de participer aux assemblées générales n'est pas de l'essence de l'action puisque certains

actionnaires sont souvent, aux termes des statuts, exclus des ces assemblées (1). L'allégation est exacte en ce qui concerne les assemblées générales tenues au cours de la société (art. 27 de la loi du 24 juillet 1867). Mais il y a des pouvoirs qui ne peuvent être enlevés aux actionnaires et sont de l'essence de l'action : tels le droit d'assister et de prendre part aux assemblées convoquées pour la constitution de la société anonyme ou de la société en commandite (art. 4, 27, dernier alinéa de la loi de 1867), et aussi le droit de voter à l'assemblée générale de tous les actionnaires qui (art. 37), en cas de perte des 3/4 du capital social, doit être convoquée par les administrateurs à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il est opportun de dissoudre la société anonyme; tel encore, depuis la loi du 1^{er} août 1893, le droit qui appartient à tous les propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour l'admission dans les assemblées tenues au cours de la société, de se réunir afin de former le nombre nécessaire et de se faire représenter par l'un d'eux. Ces diverses prérogatives qui caractérisent l'action ne sont pas attachées à la part de fondateur.

Mais il pourrait se faire que, par les statuts, les porteurs de parts soient investis des mêmes pouvoirs de direction que les actionnaires. Des auteurs, tout en admettant que le titre bénéficiaire est une action, méconnaissent la validité d'une pareille clause. Cet opinion nous fournit un nouvel argument : n'est-il pas contradictoire en effet de donner au propriétaire d'une part de fondateur, la qualité d'actionnaire et pourtant de ne pas permettre qu'il reçoive du pacte social les droits attachés habituellement à cette qualité ? Nous n'insistons pas d'ailleurs sur ce point, car nous ne voyons pas pourquoi le porteur de part ne pourrait obtenir le droit de vote dans les assemblées générales : en l'absence d'un texte prohibitif, le principe de la liberté des conventions suffirait pour valider cette stipulation statutaire (2). — Mais alors se poserait la question de savoir si ces parts bénéficiaires, ainsi complétées par l'attribution de certains pouvoirs dans la direction de l'entreprise, ne sont pas des actions. Bien que la question devienne beaucoup plus délicate nous persisterions à voir

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. nos 551, 559, 560 bis.

(2) ROUSSEAU, dans *Le Droit financier*, 1895, p. 41 et s. — VAVASSEUR, *Revue des Sociétés*, 1895, p. 128.

dans ces parts des titres *sui generis*, car elles ne satisfont pas au premier critérium que nous avons posé, elles ne sont pas parties intégrantes du capital social.

Enfin, si les titulaires d'un titre bénéficiaire sont privés de certaines prérogatives en l'absence desquelles l'action ne saurait se concevoir, ils jouissent par contre de certains droits qui manquent aux actionnaires : ceux-ci assistant aux assemblées générales pour y défendre leurs intérêts, ceux-là ne le pouvant, il est rationnel que les décisions de ces assemblées lient plus étroitement les premiers que les seconds. Aussi, comme nous le verrons, la jurisprudence admet-elle les porteurs de parts à critiquer des décisions qui s'imposeraient aux actionnaires.

On nous oppose en dernier lieu les conséquences pratiques auxquelles aboutit notre opinion ; on nous dit qu'en considérant les parts de fondateur comme des titres *sui generis*, nous les soustrayons aux prescriptions des lois de 1867 et de 1893 qui ne visent que les actions ; qu'en plaçant ainsi le régime de la liberté presque absolue à côté de celui de la réglementation étroite, nous poussons les spéculateurs à substituer les parts aux actions et nous rendons vaines les précautions que la loi a voulu prendre contre les agiotages sur les valeurs de bourse. M. Pont ⁽¹⁾, répondait que la spéculation ne présente pas les mêmes facilités et les mêmes inconvénients pour les titres bénéficiaires que pour les actions ; l'expérience a prouvé ce que valaient ces allégations. Quant à nous, nous reconnaissons franchement qu'il serait rationnel, qu'il serait d'un bon législateur de soumettre les parts bénéficiaires au régime restrictif des lois de 1867 et de 1893. Mais ce n'est là qu'un *desideratum*, une opinion législative et non pas une opinion juridique : telle devrait être la loi, telle elle n'est point. En l'état actuel de notre législation le jurisconsulte doit reconnaître, quels que puissent être les inconvénients pratiques de cette solution, que la part de fondateur est une part sociale *sui generis* ⁽²⁾.

(1) PONT, op. cit. n° 866.

(2) Cette opinion est celle qui tend à triompher. Voir dans le sens du texte : HOUPIŒ, *Journal des Sociétés*, 1894, p. 188 et s. — M. Rousseau, après avoir soutenu (1^o c^o) que la part de fondateur est une simple créance déclare aujourd'hui qu'elle est un titre *sui generis*. * Que la part de fondateur ne soit pas à proprement parler une créance, cela est possible. Ce qui est certain, et c'est le point

Titre Troisième

A quelles conditions les parts de fondateur peuvent être créées et transmises.

SECTION I. — *A quelles conditions elles peuvent être créées.*

On concevrait que, de même que les actions, les parts bénéficiaires ne pussent être émises au-dessous d'un certain taux, déterminé, non plus d'après le droit qu'elles confèrent au partage du capital social puisqu'elles n'en sont plus une subdivision, mais d'après la valeur probable du *pour cent* des bénéfices auquel elles donnent droit : cette mesure serait même protectrice de la petite épargne. En l'état actuel de nos lois, personne n'a pourtant osé émettre une pareille opinion et nous avons vu que ceux-là même qui assimilent les titres bénéficiaires aux actions ne les soumettent pas à l'article 1^{er} de la loi de 1867 et reconnaissent que leur taux d'émission est fixé par les statuts avec une entière liberté.

Mais on comprend que la controverse naisse lorsqu'il s'agit de savoir si l'attribution d'une part de fondateur constitue un de ces avantages particuliers soumis (art. 4 de la loi de 1867) à l'approbation des assemblées constitutives. Ceux qui voient dans la part, une simple créance doivent admettre qu'en principe elle est soustraite à la vérification de l'article 4, car ce texte parle uniquement « des avantages particuliers qu'un *associé* stipule à son profit » et non des avantages qui sont attribués à un créancier : d'où le droit

essentiel, c'est que la part de fondateur n'est pas une action. » Dans *Le Droit financier*, 1895, p. 51 et s. : aussi dans *Le Manuel pratique des sociétés par actions* par R. ROUSSEAU, 1895. — Dans le même sens, M. Bailly, doyen de la Faculté de droit de Dijon, à son cours 1896. Et aussi D. S. R. v^o *Société*, n^o 874. — Tel paraît bien être aussi le point de vue des rédacteurs du projet de loi sur les sociétés adopté par le Sénat, dans séance du 29 novembre 1884 ; l'article 8 de ce projet consacré aux parts de fondateur est en effet ainsi conçu : « Les avantages consentis aux fondateurs et à toute autre personne peuvent être représentés par des titres cessibles négociables, ces titres ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices lesquels, sauf stipulation contraire, sont calculés après prélèvement de 5 % au *profit des actions*. » Ce texte établit une antithèse entre les parts de fondateurs et les actions ; il envisage donc bien les premières, comme un titre *sui generis*, obéissant à des règles propres. — En jurisprudence, Tribunal de commerce de la Seine, 24 septembre 1894. D. S. R. v^o *Société*, n^o 865.

pour les fondateurs de se réserver le plus clair des bénéfices et de duper les actionnaires sans subir le contrôle de leurs assemblées. Toutefois si le porteur de parts était en même temps associé, par exemple s'il avait souscrit un certain nombre d'actions, l'article 4 reprendrait son empire. — Pour nous qui considérons le titulaire d'un titre bénéficiaire comme un sociétaire *sui generis*, et pour ceux aussi qui y voient un actionnaire, il est évident qu'il doit toujours, en sa qualité d'associé, faire procéder à l'approbation. Il faut d'ailleurs remarquer qu'elle cesserait d'être nécessaire si on attribuait indistinctement à tous les actionnaires une part de fondateur. Cette émission ne constituerait plus un avantage particulier puisque tous les associés en bénéficieraient ; et d'ailleurs leur contrôle se réduirait à une vaine formalité puisqu'ils sont tous également intéressés à la vérification ⁽¹⁾.

SECTION II. — *A quelles conditions elles peuvent être transmises.*

Cette question en comporte trois autres relatives, la première à l'époque de la transmission des parts bénéficiaires, la deuxième à la forme que peuvent revêtir les parts transmises et la troisième aux règles fiscales qui les gouvernent.

§ I. — *A quelle époque les parts de fondateur peuvent être transmises.*

Sur ce point les règles varient selon que la transmission s'opère avant ou après la constitution de la société.

1^{re} Hypothèse. — La part de fondateur est transmise avant la constitution régulière de la société. — A vrai dire, elle en comprend deux, car une part de fondateur comme tout autre droit incorporel peut être négociée par les modes du droit commercial ou cédée selon les formes du droit civil.

Une action ne devient *négociable* que si la quotité légale a été versée et la société définitivement constituée (art 2 et 24 de la loi de 1867, modifiée en 1893) ; toute négociation antérieure est

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 28 juillet 1884. *Revue des Sociétés*, 85, p. 40 et s. — Cette opinion est généralement admise. Pourtant des auteurs ont dispensé les parts bénéficiaires de l'approbation exigée par l'art 4 (HOURIN n° 21, *in fine*). C'est aussi l'opinion de M. Bousquet (1^{er} c°) qui semble d'autant plus illogique que cet auteur considère la part bénéficiaire comme une action.

nulle (1). Cette règle s'étend-elle aux titres bénéficiaires ? L'affirmative est de toute évidence pour ceux qui assimilent ces titres à des actions et l'on ne peut nier que cette solution soit parfaitement d'accord avec l'esprit de la loi, car les parts bénéficiaires fournissent matière abondante aux spéculations que le législateur s'efforce de réfréner. — Mais nous avons établi que, selon nous, cette part n'est pas une action ; elle échappe donc à la réglementation étroite des lois de 1867 et 1893 et peut, notamment, être négociée avant le versement de la quotité légale comme aussi avant la constitution régulière de la société.

On s'accorde généralement à reconnaître que les cessions d'actions opérées conformément à l'article 1690 du Code civil sont valables bien qu'elles aient été faites avant que le versement exigé par la loi sur chaque action fût effectué et la société définitivement constituée (2) ; quelques auteurs cependant se refusent à admettre la validité de ces cessions (3). — Si l'on considère la part de fondateur comme une action, on déclarera nulles ou valables, selon la doctrine admise sur les actions elles-mêmes, les cessions de part effectuées *jure civili* avant la constitution de la société : c'est ainsi que M. Thaller (4) prétend qu'elles sont entachées de nullité. — Pour nous, au contraire, leur validité ne saurait faire doute : la loi de 1867 ne réglemente point en tous cas des titres qui ne sont pas des actions.

Mais si la plupart des auteurs sont d'accord sur la validité de cette transmission *jure civili*, sinon sur la base juridique qu'il lui faut assigner, les débats naissent quand il s'agit de déterminer exactement les effets de cette cession. Souvent les choses se passent de la manière suivante : une association civile en participation se forme en vue d'étudier l'organisation d'une société anonyme : les membres de cette association sont propriétaires, chacun d'une part sociale qui, aux termes de la convention, leur donne droit à une certaine portion dans les bénéfices de la future société anonyme ; parfois ces parts sociales sont représentées par des titres provisoires destinés à être échangés contre des parts bénéficiaires

(1) Cass. 3 juin 1885, S. 85, I, 259.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. n° 426.

(3) Art. de M. Thaller dans la *Revue critique* de 1881, p. 525.

(4) THALLER, 1^o. c°.

proprement dites. Les fondateurs cèdent leurs parts dans cette association ; s'il existe un titre provisoire, ils le vendent. Puis le projet échoue, la société anonyme en voie de formation avorte. Quel est alors le sort de la vente consentie ? Demeure-t-elle efficace, ou bien est-elle résolue de telle sorte que le cessionnaire soit en droit de réclamer le prix qu'il a payé ? — Cette opération peut être analysée en une vente définitive de droits aléatoires qui n'engendre nullement pour le vendeur l'obligation de restituer l'argent si la société ne se fonde pas. On peut aussi y voir une cession affectée d'une condition résolutoire, si bien que, la société ne se constituant pas, l'acheteur est dispensé d'exécuter l'obligation née d'une convention résolue, ou que, s'il l'a déjà exécutée, il peut demander la restitution de la prestation déjà fournie. C'est en ce sens que la jurisprudence, après quelques hésitations⁽¹⁾, interprète la cession de titres bénéficiaires provisoires effectuée avant que la société anonyme ait une existence régulière⁽²⁾. De cette interprétation il résulte que l'acheteur peut, si la société ne se constitue pas, réclamer le prix de vente au vendeur. Il en résulterait aussi, si nous faisons de la logique à outrance, que le cessionnaire, étant considéré par l'effet rétroactif de la condition résolutoire comme n'ayant jamais été porteur d'une part de fondateur provisoire, serait censé n'avoir jamais fait partie de la société civile préparatoire et par suite ne devrait supporter aucun des frais d'organisation dont elle a fait l'avance. Ces frais incomberaient tout entiers au cédant, associé primitif, seul associé. Si donc le cessionnaire avait fait personnellement quelques déboursés, il joindrait à sa demande en restitution du prix, une demande accessoire en remboursement de ses avances ; si, au contraire, ces frais avaient été prélevés sur l'apport du cédant qu'il ne retirerait de la société civile que diminué de ces débours, il n'aurait pourtant pas le droit d'opérer sur la restitution du prix une retenue qui le dédommagerait de la diminution de son apport. Mais cette solution serait inique et contraire à l'intention probable des parties : le cessionnaire doit supporter définitivement ces frais d'organisation. Acquie-

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 10 janvier 1880. *Journal des Sociétés*, 1880, p. 600.

(2) Aix, 18 novembre 1884. D. P. 1887, I, 384.

reur d'une part de fondateur pour le cas où la société viendrait à se constituer, il court des chances de gain : par une juste réciprocité il doit être tenu de supporter une part proportionnelle dans les dépenses qui ont été faites en vue de la formation d'une société qui avorte. — Telle est en effet la signification que, dans le silence des parties, les juges (1) donnent au pacte intervenu entre elles ; elle est équitable et de nature à bien mieux protéger les intérêts de l'épargne que l'interprétation qui ne voit dans la cession dont nous nous occupons qu'une vente pure et simple de droits aléatoires. Néanmoins il est évident que cette interprétation est toute de fait et peut être démentie par la volonté expresse ou tacite des parties. S'il est démontré qu'en réalité elles ont entendu passer une vente définitive de droits aléatoires, les magistrats doivent respecter leur intention.

Tout ce que nous avons dit de la cession des parts bénéficiaires provisoires s'appliquerait *mutatis mutandis* à leur négociation. Il faut toutefois remarquer qu'en raison des circonstances où elles interviennent, ces dernières opérations sont le plus souvent, dans l'intention des parties, des transmissions définitives de droits aléatoires. Il semble même que la forme au porteur impose cette interprétation : par la forme dont il a revêtu son titre, le vendeur a manifesté qu'il n'entendait pas se faire connaître, qu'il voulait plus tard n'avoir aucune relation avec son acquéreur, que la négociation qu'il passait était définitive et non conditionnelle.

2^e *Hypothèse* : La part de fondateur n'est transmise qu'après la constitution régulière de la société. — A cette époque tous les titres qu'émet la société anonyme peuvent être cédés dans les formes du droit civil : aucun texte ne soustrait à cette règle générale la part bénéficiaire. Elle est donc, du jour où la société existe légalement, cessible aux conditions de l'article 1690 du Code civil.

Est-elle aussi négociable ? La loi du 1^{er} août 1893 a fait naître sur ce point une grave difficulté. Après avoir édicté que les actions représentant des apports en nature seront intégralement libérées au moment de la constitution, l'article 2 § 2 et 3 ajoute : « Ces actions ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négoc-

(1) Cass. Req. 16 février 1887. S. 89, I, 417.

ciables que deux ans après la constitution définitive de la société. — Pendant ce temps elles devront, à la diligence des administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution. » La question se pose donc de savoir si l'interdiction de négocier se limite aux actions d'apport proprement dites ou si elle s'étend aux autres titres qui rémunèrent aussi des apports en nature, c'est-à-dire aux parts de fondateur.

La raison de douter est évidente : si l'on recule devant l'extension précédente, la loi de 1893 perd, par la substitution des titres bénéficiaires aux actions d'apport, une grande partie de son efficacité. Et pourtant nous n'estimons pas que la prohibition de l'article 2 soit applicable aux parts bénéficiaires. Ce sont, croyons-nous, des parts sociales *sui generis*, bien différentes de l'action, non soumises par conséquent à des règles exceptionnelles qui d'après le texte ne réglementent que l'action. Que l'interdiction de négocier deux ans durant soit dans toute la force du terme une exception, c'est l'évidence même ! Selon l'expression employée par le rapporteur « elle fait échec au principe de la libre circulation des biens, qui est le fondement de notre droit civil. » Les circonstances dans lesquelles cette disposition a été votée, son introduction à titre de simple amendement, la résistance qu'elle rencontra de la part du commissaire du gouvernement, l'absence de tout débat devant la Chambre, viennent se joindre au caractère exceptionnel de cette prohibition pour conseiller une interprétation restrictive et circonspecte ; il faut donc limiter l'immobilisation aux *actions* d'apport sans l'étendre aux parts de fondateur qui, nous l'avons prouvé, ne sont pas des actions. — La même solution s'impose à ceux qui voient dans la part une simple créance de bénéfices, car une créance plus encore qu'une part sociale *sui generis* diffère de l'action. La jurisprudence qui, par ses arrêts antérieurs, inclinait vers cette opinion y persévère en décidant ⁽¹⁾ que l'article 2 de la loi de 1893 est étranger aux titres bénéficiaires.

Mais la question devient beaucoup plus délicate quand on assimile ces titres aux actions. Parmi les auteurs qui professent cette opinion plusieurs n'ont encore pas donné leur avis sur le débat

(1) Tribunal de commerce Seine, 5 novembre 1894. Annales de droit commercial, 95, p. 24. — Paris, 14 janvier 1895, *Revue des Sociétés*, 95, p. 218.

qui nous occupe. M. Vavas seur s'est pourtant prononcé et, bien que dans son traité des sociétés ⁽¹⁾ il déclare « que les parts de fondateur ne sont autre chose que des actions de jouissance », il admet malgré l'article 2 qu'elles sont immédiatement négociables. Et d'abord, dit-il, le texte ne vise que les actions d'apport, c'est-à-dire des actions de capital et point les actions de jouissance qui ne sont pas entrées dans la pensée du législateur. Puis, les titres dont parle l'article 2 sont des actions libérables. Ceci résulte de la comparaison des deux alinéas de ce texte. L'un dit : « Les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société », et l'autre « ces actions . . . ne sont négociables, etc. » Les actions dont la négociation est momentanément prohibée sont donc celles qui sont susceptibles d'être libérées ; or les parts bénéficiaires ne sont pas susceptibles de libération et échappent par conséquent à l'article 2 de la loi de 1893 ⁽²⁾.

Cette assertion n'a d'ailleurs reçu l'adhésion formelle d'aucun autre des juristes qui considèrent la part comme une action ; et on a soutenu récemment ⁽³⁾ que les titres bénéficiaires remis en échange d'apports en nature sont deux ans durant immobilisés. L'article 2 ne parle que des actions d'apport, c'est-à-dire de capital ? Mais si nous consultons son esprit ne frappe-t-il pas tous les titres par lesquels on rémunère les apports en nature ? La lettre ? Mais l'action de capital et l'action de jouissance ne diffèrent point par leur essence ; une différence tout extérieure ne doit pas empêcher de conclure de l'une à l'autre quand l'esprit de la loi le commande. D'ailleurs on n'étend pas l'article 2 hors de ses limites puisqu'on admet que la part est une action et que ce texte en somme parle des actions. La part de fondateur n'est pas susceptible de libération, et pourquoi donc ? La libération consiste dans l'accomplissement intégrale de la prestation en échange de laquelle est délivré un titre ; les apports en nature libèrent donc une part comme ils libèrent une action d'apport.

En somme et pour ne pas nous perdre dans les détails, il existe

(1) VAVASSEUR, op. cit., I, p. 349.

(2) VAVASSEUR. Art dans R. d. S., 1895, p. 130.

(3) Note de Jules Valéry. 1^o c^o *in fine*.

en la matière deux grands courants d'idées, l'un en quelque sorte plus utilitaire, l'autre plus juridique. Il est des auteurs qui, soucieux avant tout de protéger l'épargne publique, font bon marché du texte et soumettent les parts bénéficiaires au régime des actions. Parmi eux quelques-uns n'osent déduire jusqu'au bout les conséquences de leur système et après avoir soumis les parts aux prescriptions de 1867 ils les soustraient à la réglementation de 1893 : ils admettent que les titres bénéficiaires ne sont négociables qu'après la constitution de la société et le versement légal et pourtant que ces mêmes titres, bien qu'ils rémunèrent des apports en nature, échappent à l'immobilisation biannuelle. N'y a-t-il pas là quelque illogisme ? D'autres, et nous sommes de ceux-là, serrant de plus près le texte, déclarent plus juridiquement qu'il vise uniquement les actions, que les parts de fondateur sont autre chose, que le législateur de 1867 pas plus que celui de 1893 n'y a songé, que c'est là une lacune regrettable mais qu'il n'appartient pas aux juges de la combler.

On est allé plus loin ; on a prétendu que l'immobilisation des parts serait une mesure dépourvue d'efficacité. Le bénéficiaire d'un droit de ce genre peut en effet, immédiatement après la constitution de la société, le déléguer à qui bon lui semble ; cette délégation peut être faite à une société civile dont les titres seront négociables incontinent. La forme de ces sociétés de recouvrement est bien connue : les titres au porteur des annuités Orléans-Châlons, Sedan-Léronville, Lille-Valenciennes, etc... se négocient couramment. On n'imagine pas une loi qu'il serait si facile de tourner (1). — Ceci nous touche peu : d'abord il n'est pas si aisé d'organiser ces sociétés civiles auxquelles on fait allusion. Puis, nous ne voyons pas que leurs actions seraient immédiatement négociables ; il faut se rappeler en effet que depuis 1893 les sociétés civiles à forme commerciale sont aussi réglementées par la loi ; or l'apport à une société civile de créances d'annuités futures constitue un apport non en espèces mais en nature, et les titres qui le représentent ne seraient pas plus négociables que ceux émis directement par la société primitive.

On a dit aussi que la négociabilité immédiate des parts bénéficiaires est parfaitement compatible avec le but que les législateurs

(1) GENEVOIS, op. cit. p. 94. — R. ROUSSEAU op. cit. 1895.

de 1893 se proposaient d'atteindre, de telle sorte qu'eussent-ils sougé à ces titres ils ne les auraient sans doute pas immobilisés pendant deux ans (1) ; en d'autres termes, il y aurait là moins un oubli regrettable qu'une omission préconçue. A cet effet, on remarque que les dangers auxquels on a voulu parer existent avec les actions d'apport mais ne sont pas à craindre lorsqu'on emploie les titres bénéficiaires. Et d'abord on comprend que, pour protéger les acquéreurs, la loi ait réglementé les conditions de négociabilité d'un titre qui porte imprimée la mention d'une valeur déterminée et qui est représenté comme le fractionnement d'un capital réel et vérifié. Le petit capitaliste sera toujours disposé à considérer une action de 500 francs comme valant réellement 500 francs. Au contraire, un titre dépourvu de mention de valeur intrinsèque, comme une part de fondateur, aura des apparences aléatoires et incitera l'acquéreur à se rendre plus ou moins compte des bénéfices éventuels dont il est la représentation. — Il fallait aussi que les créanciers qui traitent avec la société ne fussent pas trompés sur la valeur réelle du capital social ; la part de fondateur n'y figure pas et par conséquent ne présente sous ce rapport aucun danger. — Il fallait enfin que la société ne fut pas grevée d'un capital en nature trop lourd dont le service absorberait la majeure partie des dividendes de telle sorte que le capital espèces serait trop faiblement rémunéré. Ce péril n'existe pas avec les titres bénéficiaires qui ne font pas partie du capital social.

Ces observations sont fort habiles, mais il ne nous semble pas qu'elles aient la portée qu'on leur voudrait attribuer. Comprenons bien en effet quel est le but de l'interdiction de négocier pendant deux ans les actions d'apport : elle paralyse certains effets dangereux de la majoration, mais non la majoration elle-même ; elle empêche que, pendant la période dangereuse qui suit la constitution d'une société anonyme, les actions délivrées en échange de mises en nature majorées soient revendues avec des bénéfices scandaleux, mais non pas que l'évaluation de ces mises soit encore faite avec une considérable exagération. Il semble donc singulier de soutenir que l'abus visé est « la *création* d'un titre d'une valeur nominale plus élevée que sa valeur vraie. . . et non *la*

(1) GENEVOIS, op. cit., p. 86.

rente surfaite » (1). L'action d'apport majorée peut encore être créée, elle le sera même à cause des avantages que cette majoration continue à offrir tant au point de vue d'une négociation future que d'une cession immédiate et de la perception proportionnelle des bénéfices ; et ainsi les créanciers seront trompés sur la valeur réelle du capital social, les actionnaires qui ont versé des espèces seront privés d'une partie des dividendes auxquels ils ont droit. Il est évident que la non négociabilité temporaire ne peut parer d'une manière directe à ces dangers ; ce n'est donc pas d'eux que s'est soucié principalement le législateur en édictant l'immobilisation. Peu importe dès lors qu'ils soient étrangers à la part bénéficiaire ; de là on ne peut conclure qu'il serait logique et conforme à l'esprit de la loi de soustraire ce titre à la non négociabilité puisque les inconvénients auxquels il échappe ne sont pas ceux que cette mesure a pour but direct et principal de faire cesser.

De l'analyse précédente, il résulte que le seul péril qui soit susceptible d'être conjuré directement par la prohibition de négocier deux ans durant les actions d'apport consiste dans la revente surfaite de ces titres à l'origine de la société. L'unique question qui nous doive donc retenir est celle de savoir si les parts de fondateurs ne présentent pas ces mêmes dangers de spéculation. Or, à cet égard, il suffit de jeter un coup d'œil sur la cote de la bourse pour se convaincre qu'elles sont aujourd'hui un des instruments les plus répandus de l'agiotage qui se produit fréquemment dans les premiers temps d'une société anonyme ; il serait donc logique de déclarer que pendant deux ans elles ne seront pas négociables. — Nous savons bien qu'ici on subtilise ; on prétend que, même au point de vue de la spéculation, les titres bénéficiaires non chiffrés n'offrent pas les mêmes dangers que les actions d'apport qui portent imprimée leur valeur nominale. Mais ceci n'est qu'une subtilité dont les faits ont déjà eu raison ; la particularité que l'on signale a bien peu d'importance. L'expérience prouve que l'on spéculé tout aussi facilement sur les parts bénéficiaires que sur les actions d'apport. Et c'est à cette particularité insignifiante que devrait s'arrêter le législateur pour soustraire les parts de fondateur à l'immobilisation, alors que pourtant elles se plient tout autant que les actions d'apport aux agiotages qui se produisent à

(1) GENEVOIS, op. cit., p. 93.

l'origine des sociétés, qu'elles présentent au même degré ce danger capital, essentiel, auquel pare la non négociabilité !

Mais, dira-t-on peut-être, si tel est l'abus visé, il eût fallu interdire aussi la négociation des actions libérées en espèces, car, pendant les premiers temps de l'entreprise, leur valeur est tout aussi incertaine que celles des titres qui représentent des mises en nature. Que telle soit la conséquence qu'une logique rigoureuse déduirait de l'idée qui a guidé les rédacteurs de la loi de 1893, nous ne le voulons pas nier, car les spéculations se produisent au début de la société sur tous les titres émis par elle. Mais l'expérience établit que l'agiotage se porte principalement sur ceux qui représentent des apports en nature : et ceci s'explique quand on songe que ces derniers sont presque toujours effectués par les fondateurs de l'entreprise et que ces fondateurs ne l'organisent souvent que dans le but de spéculer. Quelle que soit leur forme, actions ou parts, les titres représentatifs de mises en nature sont donc, à raison de la qualité habituelle de leurs détenteurs, plus spécialement destinés aux agiotages ; on comprend donc que le législateur en ait, deux ans durant, défendu la négociation tout en permettant celle des actions libérées en espèces. — Et l'on se rend mieux compte encore que celles-ci soient demeurées immédiatement négociables quand on songe que l'immobilisation temporaire constituait une innovation grave, qu'elle rencontra au parlement une forte opposition, que cette opposition serait devenue plus vive encore et peut-être infranchissable s'il s'était agi d'étendre la prohibition à toutes les actions ; M. Poirrier a donc agi prudemment en ne proposant pas cette mesure radicale qui eût échoué.

De tout ceci il résulte donc que l'idée capitale, essentielle, d'où dérive la réforme, est celle que nous indiquions au début de ce développement, à savoir : refréner dans les premiers temps de l'existence des sociétés anonymes la revente surfaite des titres représentant les apports en nature. Cette conclusion que nous tirons de l'analyse même de l'immobilisation, elle ressort aussi de la lecture des travaux préparatoires. — Et maintenant que nous avons dégagé, de toutes les subtilités dont on voulait le voiler, le vrai but que le législateur de 1893 se proposait d'atteindre, nous demandons si la négociabilité immédiate des parts de fondateur

est, comme on semble le prétendre (1), conforme à l'esprit de la loi. Cette négociabilité permet, à l'origine des sociétés, de spéculer en toute liberté sur les apports en nature grâce à la transmission rapide (par le transfert ou par la livraison) des titres qui les représentent ; elle offre aux apporteurs en nature le moyen facile de se désintéresser incontinent de l'entreprise qu'ils ont créée ; et pourtant nous avons prouvé que ces dangers sont justement tous ceux que les prescriptions législatives de 1893 étaient destinées à prévenir. Quoi qu'on en ait dit, il faut donc bien reconnaître qu'en restreignant l'immobilisation bi-annuelle aux actions d'apport, sans l'étendre aux parts de fondateur représentatives d'apports en nature, on rend la loi de 1893 en grande partie inefficace, on viole son esprit car on ne peut supposer que ses rédacteurs se soient proposés d'édicter de vaines dispositions.

Mais telle est la seule conclusion que nous voulions tirer de ces explications : nous nous sommes élevés contre ceux qui prétendent qu'en déclarant les titres bénéficiaires immédiatement négociables on ne rend pas la loi inefficace, mais nous ne prétendons pas que, dans l'état actuel de la législation, cette solution ne soit pas celle qui s'impose au point de vue juridique. La vérité est que le législateur de 1893 n'a pas songé aux parts bénéficiaires et que cet oubli fâcheux a pour conséquence d'enlever à l'article 2 § 2 et 3 presque toute son utilité ; mais il n'appartient ni au juge ni à l'interprète de combler cette lacune et, bien qu'à regret, nous devons reconnaître avec eux que les parts de fondateurs sont négociables sitôt que la société est régulièrement constituée.

Cette opinion semble d'ailleurs unanimement admise. Deux grands services publics, l'administration de l'Enregistrement et la Compagnie des Agents de change traitent les parts de fondateur créées après la loi nouvelle comme celles antérieures. En effet, les agents de change prêtent à leur négociation leur ministère officiel. Quant à l'administration de l'Enregistrement et du Timbre, elle n'exige pas les droits de transmission (20 centimes pour cent du capital coté) sur les actions d'apports créées postérieurement au 1^{er} août 1893. Elle les exige au contraire sur les parts bénéficiaires : c'est proclamer la négociabilité immédiate de ces der-

(1) GENEVOIS, 1^{re} c^o,

niers titres. Sans doute ces administrations n'ont pas le pouvoir de valider des titres qui seraient irréguliers ; mais elles sont assistées de jurisconsultes éminents dont l'opinion fait autorité. Au surplus les auteurs et la jurisprudence se sont aussi prononcés en faveur de la liberté complète de négocier sans délai les titres bénéficiaires ⁽¹⁾.

Pourtant, comme la question peut être discutée, et comme les articles 7 et 41 de la loi de 1867 déclarent nulle toute société en commandite ou anonyme constituée contrairement aux prescriptions de l'article 3, il est prudent en pratique (tant que cette question ne sera pas définitivement résolue par une jurisprudence bien assise, ou mieux encore par une loi) de ne pas stipuler dans les statuts que les parts de fondateur seront négociables aussitôt après la constitution définitive de la société ; car cette stipulation rendrait nulle la société s'il venait à être décidé que les titres bénéficiaires ne sont négociables, comme les actions d'apport, que deux ans après la constitution de la société. Une telle décision, tout en annulant les négociations de parts faites pendant les deux ans, ne pourrait avoir pour résultat d'entraîner la nullité de la société elle-même, si les statuts n'avaient pas autorisé la négociation des parts aussitôt après la constitution. Il n'y aurait pas là, en effet, un vice se rattachant aux statuts ⁽²⁾.

§ II. — *Quelles formes peuvent revêtir les parts de fondateur.*

La part de fondateur peut-elle, dès l'origine de la société, revêtir la forme au porteur ? Doit-elle, au contraire, demeurer nominative aussi longtemps qu'une action revêtira obligatoirement cette forme, c'est-à-dire depuis la loi de 1893 aussi longtemps que le capital social ne sera pas entièrement versé ?

Pour nous, la question n'est pas douteuse. Nous estimons que les parts bénéficiaires sont des titres *sui generis* que la loi n'a pas réglementés ; les détenteurs jouissent donc d'une entière liberté

(1) FAURE, p. 65. — HOUPIN, *Journal des Sociétés*, 1894. — BOUVIER BANGILLON, *Législation nouvelle sur les Sociétés*, p. 149. — VAVASSEUR, 1^{er} c^o. — Tribunal de commerce de la Seine, 5 novembre 1894. Paris 14 janvier 1895, 1^{er} c^o. — Contra Valéry 1^{er} c^o.

(2) LYON-CAEN et RENAUULT, op. cit., p. 578, note 1.

pour les mettre, selon leur convenance, sous la forme nominative ou sous la forme au porteur.

Mais le problème est beaucoup plus délicat pour ceux qui assimilent les parts aux actions ; ils discutaient surtout avant la loi du 1^{er} août 1893. Plusieurs jurisconsultes enseignaient que les actions mêmes qui ne doivent rien ne peuvent cesser d'être nominatives avant la libération de toutes les autres, réalisée entièrement ou à moitié selon qu'on est ou non dans le cas exceptionnel prévu par la loi de 1867 (art. 3)⁽¹⁾ ; d'après ceux-là, les titres bénéficiaires, comme les actions qui ne doivent rien, ne pouvaient être représentés par des certificats au porteur qu'après le versement de tout le capital ou de moitié selon la distinction précédente. — Dans une autre opinion, l'actionnaire qui ne doit plus rien avait le droit individuel d'opérer la conversion lorsque les statuts ne le lui interdisaient pas ⁽²⁾. Il en résultait que les parts admettaient la forme au porteur quelles que fussent les sommes restant à verser sur les actions qui composaient le capital. — La loi de 1893 ne contient, il est vrai, aucune disposition formelle à cet égard, et la controverse est encore possible. Mais les travaux préparatoires de cette loi fournissent un nouvel argument en faveur de l'opinion qui autorise la mise au porteur immédiate des actions entièrement libérées, et par suite des parts de fondateur qu'on y assimile. M. Bozerian, rapporteur du projet de loi voté par le Sénat en 1884, avait prévu cette question, et dans son rapport sur les articles 5 et 6 de ce projet qui supprimaient également la faculté de la mise au porteur après libération de moitié, il s'exprimait en ces termes : « Une fois libérées, les actions pourront être délivrées en actions au porteur, si les statuts autorisent cette conversion. Il ne sera pas nécessaire d'ailleurs pour qu'elle soit possible que toutes les actions aient été libérées ; exiger cette condition serait dans la plupart des cas exiger l'impossible. Sur ce point, la controverse à laquelle la rédaction de l'article 3 de la loi de 1867 a donné lieu ne pourra plus se reproduire. Toute action libérée, dit en termes formels l'article 5, pourra être convertie en action au porteur. » Bien que l'article 2 de la loi de 1893 ne soit pas aussi précis, il a le même sens, car ses rédacteurs se sont inspirés du projet de 1884.

(1) THALLER, dans *Revue critique*, 1881, p. 527.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., § 750.

L'ensemble des dispositions de l'article 2, disait le rapporteur de la loi de 1893 à la Chambre, est conforme à ce qui avait été adopté par le Sénat dans l'article 6 de son projet. Il semble donc qu'aujourd'hui ceux-là même qui soumettent les parts bénéficiaires au même régime que les actions doivent pourtant admettre que dès le début, avant que toutes les actions soient libérées, ces parts sont susceptibles de revêtir la forme au porteur ⁽¹⁾.

Toutefois, il existe dans la pratique une certaine hésitation à ce sujet, et les statuts n'autorisent qu'exceptionnellement la mise au porteur immédiate des titres bénéficiaires ; c'est une habitude prudente qui, conformément à une remarque précédente, écarte de la société un danger de nullité.

§ III. — *Régime fiscal des parts de fondateurs.*

L'étude complète de l'émission et de la transmission des parts de fondateur comporte un exposé du régime fiscal auquel sont soumises ces diverses opérations. — Aussi bien est-il intéressant de constater comment, sur ce domaine encore, la nature incertaine des parts bénéficiaires a répandu le doute et l'incertitude.

Les lois fiscales ne réglementent pas en termes exprès les titres bénéficiaires. Ici tout est œuvre d'interprétation administrative et de jurisprudence. En l'absence d'un texte formel, force est bien de chercher dans l'arsenal de nos lois quelques articles applicables par voie d'analogie. C'est là un procédé peu juridique, plus spécialement dangereux encore en matière fiscale, mais auquel il faut nécessairement recourir à moins qu'on ne prétende que le législateur ait entendu conférer aux parts de fondateurs ce privilège exorbitant de ne point payer l'impôt. Il faut donc raisonner par analogie. Et comme la plupart de nos lois fiscales soumettent à un régime différent les obligations et les actions, il importe d'abord de déterminer quel est, de ces deux genres de titres, celui qui offre avec la part bénéficiaire les plus grandes ressemblances. Or à cet égard, et au point de vue fiscal, il semble bien que les parts, à raison du caractère aléatoire et variable des

(1) La question ne se pose évidemment qu'à partir de l'époque où les parts bénéficiaires sont négociables ; jusque là, elles ne peuvent être détachées de la souche.

revenus qu'elles procurent, se rapprochent beaucoup plus des actions que des obligations. En principe, les parts de fondateurs seront donc soumises au même régime fiscal que les actions.

Comme celles-ci, les parts sont grevées des mêmes impôts que les autres biens quand ils sont compris dans des successions ⁽¹⁾, dans des legs, dans des donations entre vifs, dans des constitutions de dot. Mais il existe aussi pour elles trois impôts spéciaux : 1^o l'impôt du timbre, 2^o le droit de transmission pour les titres nominatifs ou la taxe annuelle pour les titres au porteur, 3^o l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Impôt du timbre. — Aux termes de la loi du 5 juin 1850, les actions sont grevées d'un droit de timbre de 0 fr. 50 (0 fr. 60 avec les décimes) par 100 francs du capital nominal pour les sociétés d'une durée n'excédant pas dix ans et d'un franc pour les autres (art. 14 et suiv.) ; pour les obligations, le droit est toujours de 1 p. 100 du montant du titre (art. 27). A raison de l'assimilation établie entre les actions et les parts bénéficiaires, celles-ci sont soumises au droit de 0 fr. 60 centimes ⁽²⁾. Ce droit est dû sur la valeur estimative des parts ⁽³⁾.

Le droit de timbre peut être acquitté par la société, au comptant au moment où elle procède à l'émission de ses titres, ou par voie d'abonnement au cours de son existence. — Les titres ou certificats de parts (timbrés au comptant ou par abonnement) sont tirés d'un registre à souche : le timbre est apposé sur la souche et sur le talon.

Certaines difficultés se sont présentées récemment lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'impôt du timbre aux parts de fondateur émises par des sociétés étrangères. Quelques explications sont nécessaires pour comprendre comment la question s'est posée. Les actions émises par des sociétés étrangères sont soumises à des droits de timbre équivalant à ceux qui sont établis sur les valeurs françaises (L. 23 juin 1857). Pour les titres cotés nominatifs ou au porteur, les sociétés étrangères payent un droit

(1) V. sur cette matière fiscale : Demasure. — Primat. — Demante. Principes de l'enregistrement, 4^e édit., II, nos 506 et s.

(2) GARNIER, v^o abonnement, n^o 53. — Cass., 10 juin 1874. *Journal de l'Enregistrement*, art. 19253. — Seine, 16 Mars 1894. HOUPIX, op. cit., n^o 1136.

(3) GARNIER, n^o 48.

d'abonnement de 6 centimes par 100 francs du capital nominal de la société (Décr. 17 juillet 1857 ; L. 29 juin 1872). — Pour les titres *non cotés*, le droit de timbre au comptant était de 1 fr. 20 p. 100 (décimes compris) du capital nominal de chaque titre (L. 23 juin 1857, art. 9 ; 30 mars 1872). Nul ne pouvait négocier, exposer en vente ou énoncer dans les actes de prêt, de dépôt, de nantissement, ou dans tout autre acte ou écrit, à l'exception des inventaires, des titres étrangers qui n'auraient pas été dûment timbrés au droit de 1 fr. 20 (L. 30 mars 1872, art. 2). Ce droit fut porté à 2 p. 100 par une loi de budget du 28 décembre 1895 dont l'article 3 est ainsi conçu « à partir du 1^{er} janvier 1896, le droit de timbre au comptant des titres étrangers est fixé savoir 1^o à 2 % pour ceux désignés dans les articles 9 de la loi du 23 juin 1857 et 1 § 4 de la loi du 30 mars 1872... »

— Dès lors se posent deux questions : l'ancien droit de 1 fr. 20 frappait-il les parts bénéficiaires ? Sous l'empire des lois de 1857 et de 1872, et bien qu'elles n'aient parlé *expressis verbis* que des titres d'actions ou d'obligations, l'administration de l'enregistrement exigeait aussi ce droit de 1 fr. 20 sur les parts de fondateur ; elle suivait ainsi sa méthode d'interprétation extensive. Le droit de 1 fr. 20 était dû sur la valeur estimative des parts. — Ce point admis, on peut se demander aujourd'hui si elles tombent également sous le coup de la loi du 28 décembre 1895, si par conséquent elles sont grevées, non plus du droit de 1 fr. 20, mais du droit nouveau de 2 % de leur valeur estimative. C'est en ces termes que, dans une lettre du 3 janvier 1896, le directeur de la Banque de Paris et des Pays-Bas, (1) au nom d'un groupe de banquiers, posait la question au ministre des finances. Le ministre répondit qu'il fallait assimiler les parts de fondateur aux actions de jouissance et les frapper du droit de 2 %. On ne peut nier que cette réponse soit bien conforme aux errements antérieurs de l'administration qui a toujours (nous l'avons montré) assimilé au point de vue fiscal les parts et les actions. Assimilation inexacte, croyons-nous, au point de vue juridique. De telle sorte qu'il convient de se demander s'il est permis de procéder ainsi par analogie lorsqu'il s'agit de lois fiscales.

(1) *Temps* du 27 janvier 1896. Chronique financière.

Le législateur a écrit les mots actions et obligations ; peut-on ajouter après coup dans la loi les mots parts de fondateur ? Et cette extension, admissible peut-être lorsqu'il s'agit de lois telles que celles de 1857 et de 1872, rédigées à une époque où les parts bénéficiaires étaient ignorées et où il était impossible au législateur de les réglementer, semble bien plus contestable lorsqu'il faut appliquer une loi faite à la fin de l'année 1895, alors que les parts avaient reçu leur plein développement, que des scandales financiers récents appelaient plus spécialement sur elles l'attention du public. Ces considérations ne pèseraient-elles pas d'un certain poids si quelque jour le débat était porté devant les tribunaux judiciaires ? Dans tout ceci, la vérité est qu'au point de vue rationnel il n'y a aucune raison pour ne pas soumettre les parts comme les actions au nouvel impôt de 2 %. Mais l'oubli fautif (1) des mots « parts de fondateur » dans la loi de 1895 place l'interprète et le juge dans cette pénible alternative, ou de consacrer une différence inique, ou de violer les principes d'une saine interprétation juridique.

La conclusion qu'il convient, ce nous semble, de tirer de cette discussion, c'est que les lois, et surtout les lois qui touchent aux affaires financières, à la bourse, aux titres mobiliers, ne sont pas suffisamment étudiées. On éloigne des travaux préparatoires les personnes compétentes qui pourraient, par leur expérience, supprimer bien des sources de malentendus. Si encore on laissait aux Chambres le temps de la discussion ! C'est à peine si la Chambre a pu consacrer quelques minutes à l'examen de la loi de 1895 sur le timbre ! Quant au Sénat, on a tellement insisté auprès de lui pour qu'il ne fit point obstacle à la clôture de la discussion du budget avant la fin de l'année, qu'il a voté la loi sans discussion.

II. — *Droit de transmission et de taxe annuelle.* — Moyennant le droit de timbre qu'elle établissait, la loi de 1850 dispensait les cessions de titres de tout droit et de toute formalité d'enregistrement (art. 15). La dispense n'a pas été de longue durée : la loi de finances du 23 juin 1857, tout en maintenant le droit de timbre,

(1) La lettre du ministre à laquelle nous faisons allusion tout à l'heure, dissimule à peine la déception causée par l'oubli des mots « parts de fondateur » ; il est évident que cet oubli ne saurait être attribué qu'à la légèreté et à l'inattention dont les lois actuelles nous offrent de trop fréquents exemples.

a grevé d'un droit de transmission les cessions à titre onéreux ⁽¹⁾ d'actions et d'obligations. Ici encore on aurait pu se demander s'il convenait d'étendre cette disposition aux parts bénéficiaires. Mais la question ne se discute plus : l'administration de l'enregistrement perçoit le droit de transmission sur les parts et ces errements sont consacrés par une longue pratique ⁽²⁾. Cette interprétation extensive s'appuie sur le sens très large que la jurisprudence a toujours donné à la loi de 1857 qu'elle applique aux actions de jouissance ⁽³⁾ comme aux actions de capital, ainsi qu'aux délégations et, d'une manière générale, aux titres ayant le caractère de valeurs cotées à la bourse ou susceptibles de l'être.

Les parts de fondateur sont donc, au point de vue du droit de transmission, soumises au même régime que les actions. Voici quel est ce régime : Pour les titres nominatifs, transmissibles seulement par voie de transfert sur les registres de la société, le droit de mutation se perçoit lors du transfert réel. Pour les titres au porteur ou transmissibles autrement que par un transfert, par exemple à ordre, l'on ne pouvait songer à percevoir un droit sur les cessions qui s'opèrent très facilement sans qu'aucune constatation soit possible. Aussi pour ces titres, le droit de transmission est-il représenté par une taxe annuelle dont la société fait l'avance et qu'elle recouvre par voie de retenue sur les dividendes (art. 7). — Pour les titres nominatifs, le droit de transmission a pour base le prix de la cession. — La taxe annuelle se calcule sur la valeur moyenne des titres pendant l'année précédente (art. 6).

La loi du 23 juin 1857 fixait le droit de transmission à 20 centimes et la taxe annuelle à 12 centimes par 100 francs. Actuellement, depuis la loi du 29 juin 1872, le droit de transmission est de 50 centimes, et la taxe annuelle de 20 centimes, sans qu'il y ait à ajouter de décimes.

(1) Pour les cessions à titre gratuit d'actions ou d'obligations, comme aussi de parts bénéficiaires, le droit de mutation est le même que pour les cessions de la même nature portant sur d'autres choses.

(2) GENEVOIS, op. cit.

(3) Tribunal civil de la Seine, 31 août 1872. *Recueil p. d'enregistrement*, 1872, art. 3551.

III. — *Impôt sur le revenu* ⁽¹⁾. — Les tentatives réitérées faites en France devant les Chambres pour y introduire l'impôt sur le revenu en général, tel qu'il fonctionne notamment en Angleterre et en Prusse ont, jusqu'à aujourd'hui du moins, échoué. Il existe seulement un impôt spécial sur le revenu. La loi du 29 juin 1872 qu'a modifiée la loi du 26 décembre 1890 ⁽²⁾, a créé un nouvel impôt connu sous le nom de taxe ou impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Il consiste dans une taxe annuelle de 4 % perçue « sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature les intérêts des obligations » (art. 1 de la loi du 29 juin 1872). La généralité des expressions employées par ce texte permet d'y comprendre aisément les parts bénéficiaires ⁽³⁾.

Le revenu imposable est déterminé, pour les parts comme pour les actions, par le dividende fixé d'après les délibérations des assemblées générales d'actionnaires ou des conseils d'administration, les comptes-rendus, ou à leur défaut tous autres documents analogues.

Tel est le régime fiscal des parts de fondateurs. Des explications qui précèdent, il se dégage cette impression bien nette que les lois fiscales, comme les lois commerciales, présentent en notre matière une vaste lacune.

Titre Quatrième.

Des droits attachés aux parts de fondateur.

Lorsqu'on analyse les clauses des statuts qui fixent les droits que les titres bénéficiaires confèrent à leurs titulaires, on remarque qu'elles sont toutes, avec quelques nuances de détail, l'expression de deux idées essentielles : absence de droits sur le capital et la gestion sociale — participation aux bénéfices. Nous étudierons d'abord ces diverses règles, puis les difficultés auxquelles leur combinaison donne lieu.

(1) Voir sur cette matière : BESSON. *Traité pratique de la taxe sur le revenu des valeurs mobilières*.

(2) La loi de finances du 26 décembre 1890 a porté à 4 % l'impôt sur le revenu, qui d'après la loi du 29 juin 1892, était de 3 %.

(3) HOUPIN, op. cit., n° 1175.

SECTION I. — *Absence de droits sur le capital. — Exclusion de la gestion sociale.*

1. *Absence de droits sur le capital.* — La part de fondateur n'entre jamais dans la composition du capital social pour une somme chiffrée : c'est même là une des caractéristiques par laquelle ce titre diffère de l'action. La part qui serait une subdivision du capital constituerait une action déguisée qui tomberait sous les prohibitions et sanctions des lois du 24 juillet 1867 et 1^{er} août 1893. On ne pourrait donc pas dire que le capital social est subdivisé en tant d'actions et tant de parts bénéficiaires.

Ceci ne signifie pas d'ailleurs qu'en cas de liquidation, les actions doivent d'abord recevoir leur mise entière et que les parts ne peuvent recevoir que sur l'excédent. On lit pourtant dans les considérants d'un jugement (1) : « Attendu que les parts bénéficiaires ne représentent que des droits éventuels qui ne peuvent être exercés qu'après ceux des associés ; — que les débiteurs n'ont droit, à fin de société, au partage de l'actif liquidé avec les actionnaires, qu'après que non seulement le passif aura été éteint, mais que toutes les actions auront été remboursées à leur valeur nominale ». Cette rédaction est d'une exactitude toute relative : elle est exacte appliquée au procès jugé, car, en l'espèce, elle n'est que la reproduction du pacte social. Mais, si les statuts avaient stipulé que l'actif liquidé serait réparti dans une proportion déterminée entre les parts et les actions, sans prélèvement du capital nominal de ces dernières, le tribunal eût été dans l'obligation de donner effet à cette clause parfaitement valable. Cette stipulation d'ordre intérieur n'a rien de contraire à aucune loi ; elle n'assimile nullement la part à l'action puisque : 1^o au moment de la fondation et pendant la durée de la société, l'action seule aura eu une valeur chiffrée et aura constitué la contre-partie du capital annoncé aux tiers ; 2^o la part n'aura donné à son titulaire aucun droit dans la direction de l'entreprise. — D'ailleurs, nous verrons des cas où la part prime, dans l'actif liquidé, l'action elle-même. Lorsqu'il y a liquidation non justifiée, les tribunaux attribuent aux parts une indemnité qui devance la répartition aux actions. Ce qu'une décision judiciaire a fait, une convention peut le faire en se basant sur une cause licite.

(1) Tribunal de la Seine, 25 septembre 1894, 1^{er} c^o.

Les parts de fondateurs qui viendraient ainsi en concours sur le capital social avec les actions ressembleraient beaucoup aux actions de prime ; mais généralement ces dernières permettent en outre à leurs titulaires de participer, dans une certaine mesure, à l'administration de la société.

II. *Exclusion de la gestion sociale.* — C'est une habitude passée dans nos mœurs financières de refuser aux porteurs de parts toute autorité dans la gestion de la société. Par cette mesure on se propose d'assurer la bonne direction des affaires sociales, d'écarter des associés qui, n'ayant droit qu'à des bénéfices, se soucieraient peu du capital social et pour réaliser rapidement de plus gros gains lanceraient la société dans de folles entreprises où s'engloutirait son actif ; on veut éviter des conflits funestes entre les actionnaires et les porteurs de parts. Ceux-ci sont donc exclus systématiquement des assemblées générales ; cette clause se retrouve toujours la même dans les statuts de toutes les sociétés anonymes.

Mais on conçoit des parts bénéficiaires auxquelles l'acte de société conférerait un droit de gestion ; pareille stipulation n'aurait rien d'illicite (1). La seule question serait alors de savoir si ces parts, ainsi complétées, sont encore des titres *sui gen ris* ou si elles se confondent avec des actions et tombent par conséquent sous les sanctions civiles et pénales des lois de 1867 et de 1893. Il nous semble, comme nous l'avons déjà dit, que ces titres demeurent encore bien distincts des actions, car ils ne figurent pour aucune valeur chiffrée dans la composition du capital social ; toutefois, comme la confusion devient bien plus facile, que des auteurs semblent, en cette hypothèse, assimiler les deux titres, que les tribunaux n'ont pas encore statué sur la question ainsi posée, il serait dangereux, au point de vue juridique aussi bien qu'au point de vue économique, d'insérer dans les statuts une clause de ce genre.

SECTION II. — *Droits sur les bénéfices.*

Le mode selon lequel les parts de fondateur participent aux

(1) M. Genevois (op. cit. p. 60) semble dire le contraire et soutenir que la gestion sociale constitue un monopole pour les actions ; ce qui nous paraît tout à fait inexact puisque les obligataires eux-mêmes peuvent recevoir des statuts le droit de participer aux assemblées générales (LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. § 844). — Voir dans le sens du texte les auteurs précités : ROUSSEAU, VAVASSEUR, 1^o c^o.

bénéfices est réglé par les statuts. Voici à cet égard la formule type :

« Les produits, défalcation faite de toutes les charges, etc. constituent les bénéfices nets qui seront distribués de la manière suivante : 1°. 5 % à la réserve légale.

2°. 5 % du capital versé sur les actions, à titre de premier dividende.

Enfin le reliquat sera réparti :

10 % aux administrateurs

70 % aux actionnaires

20 % aux fondateurs.

En cas de dissolution, lorsque les actions non encore amorties auront été remboursées au pair, le surplus sera partagé dans les proportions suivantes entre les actions, les administrateurs et les parts bénéficiaires. . . »

Cette formule nous indique que sur les bénéfices nets, déterminés ainsi que nous le verrons tout à l'heure, on prélève d'abord un premier dividende destiné à servir les intérêts (autrefois à 6 %, puis 5 %, aujourd'hui 4 %) des sommes réellement versées sur les actions ; le surplus est réparti entre celles-ci et les parts de fondateur. — D'autres fois les statuts stipulent que ces titres participeront aux bénéfices pour une quote-part déterminée, concurremment avec les actions et sans prélèvement au profit de ces dernières. Exemple : les bénéfices seront distribués de la manière suivante : 5 % à la réserve légale — tant % aux actions ; tant % aux fondateurs, etc. — D'autres fois encore il est convenu que les parts auront une allocation fixe. Exemple : les bénéfices. . . seront distribués de la manière suivante : 5 % à la réserve légale — tant % aux actions. Sur le surplus il sera d'abord alloué. . . francs à chaque part de fondateur.

Ces combinaisons sont des conventions qui, librement consenties, et ratifiées après la procédure de vérification d'apports par la deuxième assemblée constitutive, font la loi des parties.

SECTION III. — *Difficultés que fait naître la combinaison de ces règles.*

La combinaison de ces diverses règles a fait naître de graves difficultés. C'est aux assemblées générales d'actionnaires qu'ap-

parlient le soin de déterminer le montant des bénéfices nets dont les titres bénéficiaires sont appelés à prendre une portion, de fixer aussi l'époque de dissolution de la société. Or il arrive que ces décisions causent aux porteurs de parts un grave préjudice, soit par la diminution des bénéfices à répartir, soit par leur interruption complète au cas où la société prend fin. Et pourtant les parts de fondateur sont systématiquement exclues de ces assemblées générales qui jouissent vis-à-vis d'elles d'un pouvoir si étendu. La part n'est-elle donc qu'un vain titre, car il serait chimérique le droit dont l'exercice dépendrait d'une délibération arbitraire du débiteur à laquelle le créancier ne participerait même point ? — Mais il est d'autres moyens de protéger les porteurs de parts : s'ils ne peuvent s'ingérer dans l'administration de la société, s'ils ne peuvent même, par une discussion antérieure au vote, combattre les délibérations qui porteraient atteinte à leurs intérêts légitimes, du moins ont-ils la faculté d'exiger la communication des bilans annuels avec pièces à l'appui, de se rendre ainsi compte de la situation, et de recourir par la voie judiciaire contre les décisions qui ne respecteraient pas leurs droits. Contrôle amiable, recours contentieux, telles sont donc les deux armes dont les bénéficiaires de parts de fondateur disposent pour assurer la perception régulière des dividendes que l'acte de société leur attribue.

Leur contrôle amiable s'exerce d'abord par les moyens d'information que la loi de 1867, met à la disposition de toute personne intéressée ; publications dans les journaux d'annonces légales, dépôts aux greffes, obligation de délivrer copie des statuts, communication des feuilles de présence. Grâce à cette publicité, la régularité de la constitution sociale, les modifications statutaires, les changements d'administrateurs, la date des assemblées générales sont portés à la connaissance des porteurs de parts. Mais ils peuvent en outre exiger communication des bilans et comptes de profits et pertes et des résolutions de l'assemblée générale relatives aux comptes sociaux ; ce pouvoir dérive pour eux du pacte social qui, leur reconnaissant un droit, leur accorde implicitement les moyens d'en assurer l'exercice. Ils agissent donc par l'action contractuelle en reddition de comptes, en vertu du droit commun et non en vertu de l'article 35 de la loi de 1867. Il en

résulte qu'à la différence des actionnaires, le porteur de parts ne peut exiger communication des bilans que postérieurement à l'assemblée générale annuelle (jusqu'alors il ne peut se plaindre de comptes non encore établis), et qu'une simple ordonnance de référé ne pourrait, comme si la demande émanait d'un actionnaire, ordonner cette communication : une instance au fond serait nécessaire et les juges décideraient souverainement des pièces à communiquer.

Les statuts pourraient-ils étendre ces moyens d'investigation ? Rien ne s'oppose à ce que les statuts disposent que les bilans, inventaires, rapports, des commissaires soient communiqués de droit aux porteurs de parts avant l'assemblée annuelle. Pourraient-ils ouvrir aux parts l'accès de l'assemblée générale avec voix consultative ? Une assemblée générale n'étant nullement secrète tout le monde peut y être introduit. Quant à accorder voix consultative aux porteurs de parts ce serait une mesure dangereuse dans la pratique administrative et une sujétion qui pourrait devenir nuisible au bon fonctionnement de la société. Le vote et l'avis sont tellement mêlés, la pression des porteurs de parts pourrait agir si fort sur la décision finale, qu'il n'y a nulle exagération à dire que l'admission des parts aux assemblées avec voix consultative constituerait une immixtion dans l'administration de la société. Au point de vue juridique, il serait donc à craindre, comme nous l'avons déjà remarqué, que les tribunaux n'assimilent ces parts ainsi complétées à des actions et ne déduisent toutes les conséquences de cette assimilation.

Mais le procédé le plus efficace par lequel les porteurs de titres bénéficiaires, tout en observant la clause qui leur interdit de s'immiscer dans la gestion sociale, assurent le respect de leurs droits, consiste certainement dans les recours contentieux. Lorsque, grâce au contrôle restreint qu'elles exercent, ces personnes ont découvert quelque erreur, quelque dissimulation dans les comptes ou quelque décision contraire à leurs droits, elles peuvent sans doute demander à la société la réparation amiable du préjudice causé ; mais, le plus souvent, ces tentatives de conciliation avortent et c'est toujours aux débats judiciaires qu'il faut en arriver. Si donc nous parcourons les décisions rendues en la matière, nous remarquons qu'elles interviennent toutes à peu près

dans les mêmes circonstances : ou bien les actionnaires ont voté sur les bénéfices une retenue que les porteurs de parts jugent illégitime, ou exagérée ; ou bien, la dissolution de la société ayant été décidée avant le terme convenu dans les statuts, la part de fondateur cesse d'avoir aucune valeur puisque la société qui lui versait des dividendes n'existe plus. — La cause du conflit est évidente ; sa solution dépend, dans une certaine mesure, de la façon dont on conçoit la part bénéficiaire.

La considère-t-on comme une créance ? La société est très étroitement liée vis-à-vis du porteur de part, car un débiteur ne peut, par sa volonté unilatérale, modifier les droits de son créancier (1). — Assimile-t-on la part à une action ? Les droits de l'actionnaire ne sont, pour ainsi dire, que l'expression fractionnée du droit social lui-même : ce droit est réglé par les assemblées générales délibérant aux conditions de majorité légale. Il appartient en principe à l'assemblée de décréter un versement des bénéfices à la réserve, un déplacement d'échéances de coupons, la liquidation avant l'arrivée du terme ; l'actionnaire, et par suite le porteur de part qu'on y assimile, doit s'incliner devant ces mesures et en subir personnellement les conséquences (2). — Voit-on enfin dans le titre bénéficiaire une part sociale *sui generis*, les droits qui y sont attachés sont d'une nature particulière ; moins étendus que ceux d'un créancier, car le titulaire d'une part est un associé, soumis comme tel aux décisions des organes administratifs de la société ; plus étendus que ceux d'un actionnaire, car le titulaire d'une part n'a pas abdiqué d'une façon aussi complète entre les mains de la majorité.

Que les actionnaires conviennent de se soumettre à toutes les décisions des assemblées générales, on le comprend, car ces décisions ce sont eux qui les prennent ; elles sont leur œuvre ; ils restent donc maîtres de leurs droits. Mais une pareille abdication émanée des porteurs de parts, systématiquement écartés de l'administration sociale, se comprendrait bien plus difficilement, car elle constituerait un abandon partiel de leurs droits entre les mains de tiers. Il nous semble donc légitime, conforme à l'intention proba-

(1) Cass. civ. 29 février 1888. D. 88, I, 424.

(2) Article de M. Thaller, dans *Revue des Sociétés*, 1887, p. 219.

ble des parties (art. 1156 du Code civil) d'interpréter les clauses statutaires qui fixent l'autorité des assemblées d'actionnaires avec une étroitesse toute spéciale lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de ces dispositions au regard des titres bénéficiaires ; une interprétation très restrictive s'impose. En renonçant au droit de s'immiscer dans la gestion de la société, les fondateurs ont entendu lui laisser tout pouvoir pour prendre les mesures qui constituent des actes d'administration normale, mais non pour détruire leurs droits par des dispositions exceptionnelles, impossibles à prévoir au moment du contrat, étrangères aux usages commerciaux.

Nous pensons même que les statuts d'une société, si impératifs qu'ils fussent à cet égard, ne pourraient pas donner à l'assemblée générale des actionnaires le pouvoir absolu de disposer de la société sans que, à aucun titre et pour quelque motif que ce fût, les porteurs de parts puissent réclamer. Ce serait une clause contraire à l'ordre public, car d'avance elle protégerait la fraude et aliénerait la faculté inaliénable de faire tomber les actes accomplis en fraude de droits établis.

En somme et pour nous résumer : la part de fondateur donne droit « à une part de bénéfices normalement distribuée pendant tout le temps fixé par les statuts ».

Telle est la formule qui nous servira de criterium au cours des recherches plus détaillées que nous abordons. L'examen de la jurisprudence sur ce point nous a conduit à reconnaître que les porteurs de parts agissaient toujours en vertu de l'une des trois actions dont l'énumération suit : Une action en reddition de comptes, en rectification des amortissements et en distribution des réserves. — Une action en indemnité dans certains cas de dissolution anticipée. — Une action en nullité de la société et en réparation du préjudice qui résulte de cette annulation.

I. — *Action en reddition de comptes et en rectification des amortissements.* — Il arrive d'abord que, dans la répartition proportionnelle des bénéfices, des erreurs numériques sont commises ; les porteurs de parts lésés peuvent évidemment exiger la rectification des calculs. La jurisprudence nous offre quelques exemples très voisins de cette hypothèse. Dans une première espèce, il s'agissait d'une société dont les actionnaires avaient stipulé sur les

bénéfices un prélèvement de 5 % du capital de leurs actions. Divers impôts devaient être payés sur les sommes ainsi prélevées, et les bénéfices qui excéderaient ce prélèvement répartis entre les actions et les parts de fondateur. Or, en fait, c'était la société qui payait le fisc ; et les actionnaires, au lieu de ne toucher les 5 % stipulés à leur profit que déduction faite de divers impôts, encaissaient cette somme franche et quitte de toute charge fiscale. Afin de grossir le chiffre des bénéfices au partage desquels ils étaient appelés, les porteurs de parts demandèrent que l'imputation des impôts fut modifiée et qu'ils fussent acquittés par les actionnaires sur les 5 % par eux prélevés. A vrai dire toute discussion sérieuse sur les bases du compte était ici impossible ; il était certain que la charge de l'impôt incombait aux actionnaires ; il s'agissait donc simplement d'une rectification dans les calculs (1). — De même dans cette autre affaire : la société des aciéries de France avait réalisé d'importants bénéfices. Malgré cela, depuis l'origine, les parts de fondateur n'avaient jamais reçu que des répartitions insignifiantes. Par contre le directeur de la société rémunéré aussi par un tantième sur les bénéfices nets avait touché des sommes considérables. Cette différence s'expliquait par la façon dont les comptes avaient été établis : chaque année le conseil d'administration faisait passer en écriture, sous la rubrique « Amortissements extraordinaires » de fortes sommes. Lorsqu'on avait compté pour établir les droits des porteurs de parts, l'amortissement extraordinaire avait été déduit des bénéfices et il n'était plus rien resté à distribuer. Au contraire, dans le calcul de la rémunération du directeur, le montant de l'amortissement extraordinaire n'avait pas été déduit et le directeur avait perçu son tantième sur ces sommes. Ici encore, et par contraste, la fraude aux droits des parts bénéficiaires était patente. Aussi *les débats portèrent-ils bien moins sur le principe incontestable d'une indemnité que sur son quantum* (2).

Mais le plus souvent le problème est beaucoup plus délicat : il s'agit non plus de fixer le montant exact des bénéfices dont la distribution aux parts a été omise à tort, mais de savoir si cette distribution elle-même doit avoir lieu ; la question de comptabilité

(1) Paris 15 décembre 1892. GENEVOIS, op. cit. (2^e partie jurisprudence p. 158).

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 16 janvier 1890. GENEVOIS, op. cit. p. 131.

fait place à une question juridique. Voici comment se pose en général cette dernière : l'assemblée des actionnaires a voté sur les bénéfices d'un exercice, le prélèvement d'une certaine somme destinée à former une réserve supplémentaire, à effectuer divers amortissements ou à remplir tout autre rôle. Les titulaires de parts prétendent que ces décisions outrepassent les pouvoirs conférés aux actionnaires par les statuts et réclament la distribution des bénéfices ainsi immobilisés. On comprend que la solution du débat dépend avant tout de la rédaction des statuts, de l'autorité plus ou moins étendue qu'ils confèrent aux délibérations des assemblées générales vis-à-vis des titres bénéficiaires. Au début, les actes de société étaient peu explicites sur ce point et, grâce à ce silence ainsi qu'à l'étroitesse des formules qui déterminaient les droits des assemblées d'actionnaires, les porteurs de parts ont plusieurs fois obtenu gain de cause. En ce sens, il a été jugé que : « La société anonyme qui a convenu avec un tiers un partage de bénéfices ne peut lui opposer la délibération d'une assemblée générale ordonnant l'imputation d'une partie des bénéfices à un fonds de réserve lorsque la réserve pour ce fonds de prévoyance ne figure pas aux statuts ⁽¹⁾ ». — « Si, en l'absence de toute disposition des statuts, il a été prélevé sur les bénéfices certaines sommes destinées à l'amortissement, les porteurs de parts de fondateurs, en dehors et sans l'assentiment desquels ce prélèvement a été fait, sont fondés à demander la répartition immédiate des sommes ainsi indûment déduites des bénéfices distribuables ⁽²⁾ ». Il faut donc qu'une clause particulière du pacte social prescrive ou du moins autorise la constitution d'un fonds d'amortissement.

Pour lutter contre cette tendance de la jurisprudence à confiner dans les limites étroites du texte strictement interprété le pouvoir des assemblées générales vis-à-vis des titulaires de parts, il est aujourd'hui d'usage d'introduire dans les statuts des stipulations très générales, dont voici le type : les bénéfices dont la répartition doit être opérée se composent « des produits, défalca-

(1) Paris, 15 décembre 1892, 1^o c^o.

(2) Tribunal civil de la Seine 20 décembre 1894, *Journal des Sociétés* 95, p. 130. Dans le même sens : Paris 16 février 1885, et Tribunal de commerce de la Seine, 4 octobre 1883. *Revue des Sociétés*, 1884, p. 42. — Tribunal de commerce de la Seine, 21 novembre 1892, *Journal des Sociétés*, 1893 p. 393.

tion faite. . . de tous amortissements et de tous comptes de prévoyance ou réserves spéciales que jugera utile de voter l'assemblée ». La généralité de cette formule est un obstacle sérieux aux prétentions exagérées des porteurs de parts : elle permet aux actionnaires d'ordonner tous prélèvements qui constituent des actes d'administration normale, consacrés par l'habitude et nécessités par les circonstances. Seraient donc opposables aux parts de fondateur : la délibération par laquelle l'assemblée générale des actionnaires décide que, sur les excédents réalisés et constatés, il sera prélevé une somme suffisante pour constituer un fonds spécialement destiné à compenser la diminution momentanée du capital social survenue à la suite de variations dans le cours du change ⁽¹⁾ ; — et aussi le vote de la même assemblée qui ordonnerait la constitution d'un fonds spécial à l'effet d'amortir un matériel déprécié pendant le dernier exercice par l'usure ou par toute autre cause ⁽²⁾.

Mais, quels que soient l'étendue et la vague de la stipulation par laquelle les porteurs de parts s'engagent à ne former aucune réclamation contre les résolutions des actionnaires, elle ne saurait valider la décision prise en fraude des avantages concédés aux titres bénéficiaires : tel serait par exemple le vote ordonnant un prélèvement que les circonstances rendraient parfaitement inutile au point de vue de la gestion sociale et qui aurait pour but unique de priver les parts d'une portion des bénéfices auxquels elles ont droit. Malgré la généralité de la clause, et dans ses limites, il appartient aux tribunaux d'examiner s'il a été fait usage des pouvoirs réservés au conseil d'administration et à l'assemblée générale dans des conditions légitimes et suffisamment justifiées. Les juges usent largement de cette faculté d'appréciation ; ils cherchent, dans chaque hypothèse, quel est le caractère de l'amortissement voté par

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 14 janvier 1893. *Revue des Sociétés*, 1893, p. 392.

(2) Voir aussi en ce sens : Tribunal de commerce de la Seine, 13 avril 1882, et, Tribunal de commerce de la Seine 24 juin 1886, dans *La Loi* du 7 juillet 1886. Dans ce dernier arrêt, nous relevons ce considérant caractéristique : « Attendu qu'aux termes des statuts le Conseil d'administration a tout pouvoir pour arrêter, chaque année, le chiffre des bénéfices et des réserves et en déterminer l'emploi. . . que la mesure prise par le Conseil. . . afin de compenser la dépréciation du capital social est donc conforme aux statuts, etc. ».

les actionnaires sur les bénéfices, s'il correspond réellement à des nécessités pratiques. Notamment ils ont décidé avec raison que : « méconnaît le caractère de l'amortissement la société, qui ne fait figurer dans ses bilans que pour une valeur purement nominale ses immeubles le matériel et l'outillage, qui les amortit pour l'entier de leur prix, sans déduire de l'amortissement leur valeur réelle et actuelle qui n'y doit pas être comprise » (1). Ne se confinant plus dans l'appréciation individuelle des faits particuliers de chaque procès, les tribunaux ont même posé des principes généraux, donné des définitions. En voici quelques-unes : « L'amortissement est la constatation de la moins value de l'actif immobilisé, par rapport à la valeur que le dernier bilan lui attribuait (2). — L'amortissement, étant destiné à représenter lors de la dissolution la contre-valeur de l'objet périssable auquel il s'applique, est de sa nature même spécial. Il doit dès lors viser une partie déterminée de l'actif dont on puisse estimer la dépréciation progressive, et non pas former une sorte de fonds de réserve ou de prévoyance déguisé, créé à côté et en dehors de la réserve légale et destiné à grossir l'actif de la liquidation » (3).

Tel est l'état actuel de la jurisprudence ; elle est en somme fort accueillante pour les titulaires de parts bénéficiaires. La facilité avec laquelle la justice fait droit à leurs prétentions a même provoqué les protestations de certains auteurs. Et d'abord on reproche aux magistrats de se laisser trop impressionner par le préjudice causé aux porteurs de parts. Est-ce qu'il s'agit de les frustrer des bénéfices affectés aux amortissements ? Pas le moins du monde : il s'agit de consolider des bénéfices. Pendant la durée de la société ces bénéfices accumulés fortifieront la fortune sociale en développant la productivité. A la liquidation l'actif se pèse et se réalise, non plus d'après les chiffres du bilan, mais d'après la valeur réelle et marchande ; s'il y a eu des éléments trop faiblement évalués, il en résultera un boni pour les porteurs de parts. Des bénéfices accumulés ne sont pas des bénéfices perdus. — Sans méconnaître la portée de cette remarque, nous ne saurions nous y rallier sans restriction. Quoi qu'on en dise, les prélèvements opérés au cours

(1) Tribunal civil de la Seine, 20 décembre 1894. *Journal des Sociétés*, 95, p. 130.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 16 janvier 1890.

(3) Tribunal civil de la Seine, 20 décembre 1894, 1^o c^o,

de la société influent d'une manière sensible sur la répartition des profits. Les exercices vont se succéder, prospères peut-être, sans que les titulaires de parts touchent autre chose que des revenus amoindris ou même annihilés. Sans doute tout n'est pas perdu pour eux : quand la société prendra fin, l'excédent de la réserve laissé libre par le remboursement du capital formera une somme de bénéfices accumulés, qui pourra se partager entre les actionnaires et les porteurs de parts dans la proportion établie par les statuts. Mais jusque-là ils n'auront aucun droit à ces bénéfices ; on leur impose ainsi une attente parfois longue et pénible. De plus, qui sait s'ils retrouveront plus tard le fruit de leur sacrifice ? La réserve sera-t-elle encore là ? Ne l'aura-t-on pas consommée, gaspillée même ?

Pourtant cette jurisprudence ne laisse pas que d'offrir des dangers indéniables. Quelle que ce soit l'étendue des pouvoirs que les statuts confèrent aux actionnaires vis-à-vis des porteurs de parts, les tribunaux conservent le droit de vérifier « si l'amortissement proposé par le conseil et voté par l'assemblée est conforme aux règles de la matière et conserve le caractère qu'il doit garder » (1). Cette faculté laissée aux tribunaux de réviser des manières de voir industrielles et des opinions commerciales, nous paraît dangereuse. Ne porte-t-elle pas une grave atteinte à l'autonomie des sociétés anonymes ?

Nous ne saurions non plus admettre les définitions étroites que donnent certains des jugements précités ; non pas que nous contestions le bien fondé de ces sentences dans les espèces qu'elles résolvent, mais les idées théoriques qu'elles émettent et les principes généraux qu'elles posent nous semblent trop absolus. — Nous ne pensons pas, par exemple, que « l'amortissement doive être réduit à la moins value constatée d'un bilan sur l'autre ». L'amortissement n'est pas une mesure qui doive être mathématiquement chiffrée : cela est même impraticable dans la plupart des cas. C'est une question de libre gestion dont l'appréciation est soumise aux plus larges écarts. Quelle forme adopter pour l'amortissement d'un fonds de commerce ? Lorsqu'il prospère et qu'il augmente de valeur, on pourrait dire d'après la théorie du tribu-

(1) Tribunal civil de la Seine, 20 décembre 1894, 1^o c^o.

nal qu'il ne peut pas être amorti ; ce qui ne serait pas raisonnable, car lorsqu'il décline, l'amortissement est tardif. On peut donc légitimement (et c'est souvent un devoir) amortir un objet qui semble avoir pris de la plus value. La survenue d'une concurrence, la variation d'une mode, un caprice du public, tout autre événement inconnu ou dont les conséquences ne se sont encore pas fait sentir imposent, même en un exercice très prospère, un surcroît d'amortissement. Avec la théorie du Tribunal, il faudrait donc rayer d'une administration les événements inconnus ou imprévus ! Mais que deviendrait une société qui ne pourrait, par des prélèvements sur ses bénéfices, constituer divers fonds de réserve destinés, les uns à conjurer des accidents prévus, les autres à parer aux éventualités imprévues, d'autres même à faciliter l'extension de l'exploitation, car en industrie comme ailleurs ce qui ne se développe pas dépérit. Les propriétés industrielles et commerciales sont toutes fondées sur ce principe : ne dépenser qu'une partie raisonnable des bénéfices lorsque ceux-ci sont tout à fait liquides, faire fructifier le fonds en dotant largement les amortissements et les réserves. Amortir c'est parer aux *dépréciations prévues et imprévues*. Cette loi s'impose avec la même rigueur aux sociétés anonymes qu'aux particuliers.

Dans tous les cas, en l'état actuel de la jurisprudence, on ne saurait trop insister dans les statuts sur le droit souverain des assemblées générales de constituer tous amortissements que bon leur semble. Et comme le mot d'amortissement est si étroitement défini par les tribunaux, il sera mieux encore de donner à l'assemblée le droit de former, par des prélèvements sur les bénéfices, « toutes réserves », tous « comptes de prévoyance », avant même la distribution d'un dividende quelconque.

II. — *Action en indemnité en cas de dissolution anticipée.* — Lorsque l'assemblée générale des actionnaires prononce, avant le terme fixé par les statuts, la dissolution de la société, quels sont les droits des porteurs de parts ? On conçoit d'abord qu'ils puissent s'opposer à cette dissolution et exiger la continuation de la vie sociale ; mais une telle prétention serait exagérée. Aux termes des statuts et de la loi du 24 juillet 1867, le droit pour l'assemblée de voter une dissolution anticipée n'est pas en cause, il est ab-

solu ⁽¹⁾. Seulement si la société était prospère ou pouvait revenir à meilleure fortune, les actionnaires qui interrompent l'exploitation privent les parts de fondateur des bénéfices futurs qui leur auraient été distribués. Les titulaires de parts éprouvent donc un préjudice ; peuvent-ils en demander réparation ?

Cette question est analogue à celle que nous discutons tout à l'heure. Dans ce cas encore une décision de l'assemblée menace les dividendes sur lesquels comptent les titres bénéficiaires ; au fond il s'agit de savoir jusqu'à quel point l'assemblée fait la loi. Cela dépend d'abord de la rédaction des statuts ; à cet égard il a été jugé que : « si les actionnaires viennent à prononcer la dissolution anticipée de la société pour un motif autre que ceux limitativement prévus aux statuts, les porteurs de parts qui éprouvent de ce fait un préjudice sont fondés à en demander réparation ⁽²⁾ ». — Mais généralement les formules statutaires sont très compréhensives ; prises à la lettre elles semblent mettre la société à l'abri de tout recours, quels que soient les motifs qui aient déterminé sa fin prématurée. Tel n'est point d'ailleurs leur effet véritable. Sans doute elles permettent aux actionnaires de dissoudre la société si les pertes subies ou les désastres à essuyer rendent la dissolution nécessaire ; quel intérêt les porteurs de parts auraient-ils donc à la continuation d'une entreprise qui, ne réalisant aucun bénéfice et ne pouvant plus en réaliser, ne saurait être pour eux la source d'aucun revenu ? Sans doute les statuts laissent même aux assemblées générales un large pouvoir d'appréciation, pour rechercher si, en raison de l'impossibilité ou de la simple invraisemblance des bénéfices futurs, il n'y a pas lieu d'interrompre l'exploitation ⁽³⁾ ; sans doute encore les tribunaux doivent respecter scrupuleusement cette convention. Mais il ne faut pas oublier que, quelle que soit la généralité des clauses, les titulaires de parts entendent toucher des dividendes, *pendant toute la durée normale* de la société, qu'ils n'ont évidemment pas l'intention d'accorder à l'assemblée générale la faculté d'émettre un *vote en fraude* de

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 10 mars 1890. Cass. 4 juillet 1893. *Revue des Sociétés*, 1893, p. 431.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 25 septembre 1894, *Journal des Sociétés*, 1895, p. 38.

(3) Cass. 29 février 1888, S. 89, I. 417.

leurs droits ou d'y porter atteinte arbitrairement et sans que l'intérêt de l'être moral l'exige. Si, au lieu de raccourcir la durée de la société les actionnaires l'avaient prolongée ils auraient fort bien su dire aux porteurs de titres bénéficiaires que les années en sus du temps statutaire ne sont pas comprises dans la convention ⁽¹⁾; par une juste réciprocité il faut reconnaître à ces derniers un droit aux bénéfices pendant toute la durée normale que le pacte social attribue à la société ⁽²⁾.

En pratique il est d'ailleurs rare que des difficultés s'élèvent sur ce point. Quand les actionnaires votent la dissolution, c'est que les affaires sociales périclitent, car ils sont les premiers intéressés à ne pas interrompre l'exploitation tant qu'elle présente quelque chance de succès. — Toutefois il peut arriver que, malgré la prospérité certaine ou probable de l'entreprise, les actionnaires y mettent fin prématurément parce qu'ils trouvent trop considérables les avantages concédés aux fondateurs ; la société se dissout, ceux-ci en sont exclus, puis elle se reconstitue aussitôt. Dans ce cas il est évident que les droits attachés aux parts de fondateurs ne sont pas respectés et qu'il est dû aux porteurs de ces titres réparation du préjudice causé. Souvent aussi lorsqu'une société anonyme se dissout avant le terme statutaire, elle fusionne avec une ou plusieurs autres ; et il est alors constitué une nouvelle société dans laquelle les droits des divers intéressés sont réglés, d'abord par des délibérations des assemblées générales des sociétés primitives, puis par une délibération de l'assemblée générale de la nouvelle société qui se constitue. On ne peut alors, en s'appuyant sur la clause de style qui, dans les statuts, impose aux parts bénéficiaires d'accepter sans discussion la décision de l'assemblée générale, réglementer sans consulter leurs titulaires la situation qui leur est faite dans la nouvelle société. Il faut qu'ils y trouvent une situation identique à celle qu'ils occupaient dans les sociétés primitives ; sinon celles-ci s'exposent de leur part à des actions en dommages-intérêts ⁽³⁾.

Lorsque les porteurs de parts lésés par une dissolution anticipée ont obtenu un jugement qui condamne la société au paie-

(1) Paris, 8 juillet 1886 • *Le Droit* », du 11 Juillet 1886.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 10 mars 1890, 1^o c^o.

(3) Tribunal de commerce de la Seine, 25 septembre 1894, 1^o c^o.

ment d'une indemnité, celle-ci est soldée par les liquidateurs sur l'actif social. Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, le recouvrement de cette indemnité ne peut faire échec aux créanciers sociaux (1) : elle passe seulement avant toute répartition aux actions. D'ailleurs, elle représente uniquement la privation des chances de bénéfices ; si donc il subsiste un reliquat d'actif auquel les parts puissent prétendre d'après le pacte social, cette première indemnité ne les empêche pas de participer dans les proportions statutaires à la distribution de ce reliquat.

III. *Action en nullité et conséquences.* — Comme tout intéressé, un porteur de parts est recevable à demander la nullité de la société ; ce droit se transmet avec le titre. Lorsque l'annulation est prononcée, la part bénéficiaire n'a plus aucune valeur puisqu'elle n'est plus appelée à toucher aucun dividende ; les titulaires ainsi lésés peuvent-ils exercer quelque recours ? On en conçoit plusieurs, les uns basés sur le droit commun (art 1116 et 1382 du Code civil), les autres sur l'article 42 de la loi de 1867. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 12 août 1891 (2), statue simultanément sur ces diverses actions, et, bien que sa rédaction soit un peu confuse, on peut en l'analysant avec soin y retrouver les recours multiples que nous allons étudier.

D'abord, il arrive parfois que les fondateurs bénéficiaires primitifs des parts se livrent, pour en assurer le placement, à des manœuvres d'une honnêteté fort contestable. Ils n'ignorent pas le sort qui est réservé à la société ; ils savent même la nullité dont elle est entachée et connaissent, par conséquent, le caractère essentiellement précaire et provisoire de titres bénéficiaires ; néanmoins, ils les présentent comme des valeurs de toute sûreté. Selon les circonstances, ces agissements pourront être considérés comme constitutifs de dol principal ou incident et exposer leurs auteurs aux recours (1116-1382 du Code civil) des acquéreurs qui détiennent les parts lorsque la société est annulée. Dans l'espèce précitée, les demandeurs échouèrent sur ce point, car ils n'établissaient à la charge des défendeurs l'existence d'aucun fait dolosif. « Attendu qu'il est établi que les défendeurs, bien loin

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 25 septembre 1894, 1^o c^o.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 12 août 1891. *Revue des Sociétés*, 91, p. 558.

d'avoir contribué à faire croire au public que les parts de fondateur avaient une valeur certaine quelconque ont répandu l'opinion contraire par tous les moyens en leur pouvoir, etc. »

Les porteurs de parts se retranchèrent alors derrière l'article 42 (2^e alinéa) de la loi du 24 juillet 1867 et prétendirent que les fondateurs devaient leur payer la totalité des sommes par eux déboursées pour l'acquisition des parts car ces fondateurs sont, en cas de nullité, responsables vis-à-vis des tiers de tout le passif social. Cette prétention fut repoussée « attendu que les sommes librement déboursées par le demandeur pour se rendre propriétaire des parts de fondateur qu'il possède, ne sauraient en aucun cas le constituer créancier de la société, ni lui ouvrir en cette qualité un recours contre les auteurs de la nullité en vertu de l'article 42 . . . ». Les acheteurs de parts comme les acquéreurs d'actions sont des associés et non des tiers. D'ailleurs, depuis 1893, la responsabilité des fondateurs et administrateurs vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis des associés est, en cas de nullité, limitée au préjudice dont celle-ci est la source.

Les titulaires de parts doivent donc, pour triompher dans leur demande en dommages-intérêts, établir une relation de cause à effet entre la nullité qui entache la société et le préjudice dont ils souffrent. Or, il n'est que deux façons de faire cette preuve ; ils doivent démontrer : soit que la société étant prospère et distribuant des dividendes au moment où l'annulation est prononcée, celle-ci a eu pour résultat de faire cesser cet état de choses et d'enlever toute valeur à des titres bénéficiaires qui, hier encore, étaient cotés à un haut prix ; soit que, indépendamment de toute annulation ordonnée par justice et de par le seul fait de son existence, le vice constitutif a été un obstacle insurmontable au bon fonctionnement de la société, déjà ruinée lorsqu'est survenu le jugement qui l'annule. Dans l'un et l'autre cas, la nullité est la cause directe du dommage subi par les détenteurs de parts : les fondateurs et administrateurs auxquels elle est imputable sont donc responsables vis-à-vis d'eux comme ils le seraient, le cas échéant, vis-à-vis des actionnaires (1). -- De ces idées, le jugement précité a fait une application intéressante. Il constate, quant au premier

(1) Pour plus de détails sur ce point, voir la II^e partie de cette thèse.

chef de préjudice : « qu'à aucune époque la société n'a fait de bénéfices ; que la mise en liquidation qui a anéanti tous les droits des parts de fondateur, n'est pas une conséquence de la nullité : . . . (qu'elle lui est bien antérieure). » Ceci est parfaitement motivé. Puis, passant à la seconde question, celle de savoir si ce n'est pas justement à cause de l'existence du vice constitutif que, dès le début, les affaires sociales ont périclité, les magistrats déclarent que « la ruine de la société est complètement étrangère à la nullité qui va être prononcée ; qu'elle a pour cause, soit l'insuffisance du capital réuni pour mettre en valeur les brevets apportés par Règnier, soit le défaut de véritable mérite industriel des procédés de fabrication . . . ». Il nous semble que ce dernier considérant prête quelque peu à la critique. En fait, la nullité était prononcée à raison d'irrégularités commises dans l'approbation des apports ; d'autre part, c'était « le défaut de véritable mérite industriel des procédés de fabrication » qui avait fait échouer l'entreprise et ces procédés formaient précisément une portion des apports en nature. Or, s'ils avaient été régulièrement vérifiés, le défaut de mérite industriel des procédés apportés n'eût-il pas apparu dès l'origine ? Il est permis d'en douter. En tous cas, le tribunal ne se pose même pas la question et peut-être avant de rendre sa sentence, n'a-t-il pas assez réfléchi à un raisonnement fort simple que les demandeurs auraient pu formuler en ces termes : grâce à des irrégularités dans la procédure de vérification, des apports insuffisants furent acceptés et de leur insuffisance naquit la ruine sociale ; si la société a périclité, c'est donc bien, en somme, parce que l'approbation fut irrégulière. Le vice constitutif est, par conséquent, la cause directe du préjudice que nous éprouvons ; nous en demandons réparation aux fondateurs et administrateurs.

Telle est la part de fondateur. En résumé, et sous l'empire de notre législation, c'est une part sociale *sui generis* qui peut indifféremment revêtir la forme nominative ou la forme au porteur. Elle est transmissible par tous les procédés du droit civil et du droit commercial, même avant la constitution de la société. Elle donne droit à une participation aux bénéfices nets et les avantages qu'elle confère ne peuvent être amoindris par une délibération arbitraire des assemblées générales. — Ces solutions juridiques sont-elles d'accord avec les nécessités économiques ? Nous

ne le croyons pas. La part bénéficiaire est absolument libre ; par là même elle se prête merveilleusement à l'agiotage. Aussi les financiers la substituent-ils aux actions dont les lois réglementent l'émission, la forme et la négociation. Ces lois deviennent ainsi inutiles ; au lieu de tarir la spéculation, elles ne font qu'en détourner le cours : on ne spéculé plus sur les actions, mais sur les parts de fondateur. En réalité nous nous trouvons en présence d'une institution tout à fait nouvelle qui répond sans doute à certains besoins économiques, mais qui offre aussi tous les dangers d'agiotage et de spéculation dont les lois de 1867 et de 1893 se sont préoccupées. Aux mêmes maux, il faut les mêmes remèdes ; nous croyons donc à l'urgence d'une loi dont les principaux articles pourraient être conçus dans le sens suivant :

ARTICLE PREMIER

La part de fondateur est licite : c'est une part sociale *sui generis*.

ARTICLE DEUXIÈME

Les parts de fondateur peuvent, à toute époque, être transmises par les voies du droit civil ; mais ces cessions ne deviennent définitives que par la constitution de la société ; elle ne valent jusque-là que comme ventes conditionnelles.

ARTICLE TROISIÈME

Les parts de fondateur, comme les actions d'apport, ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société.

CONCLUSION

Le sentiment qui se dégage pour nous de cette étude, c'est la conviction que les lois de 1867 et de 1893 ne suffisent pas à réprimer les fraudes et les abus auxquels donne lieu trop souvent la constitution des sociétés anonymes. Les fondateurs majorent leurs apports : ils se font attribuer des parts bénéficiaires que la spéculation hausse à un taux fabuleux, puis ils les négocient à ce taux et encaissent le prix de vente. Peu après les cours s'effondrent : le public acquéreur est ruiné et les financiers enrichis. Et l'on spéculé ainsi sur tous les titres des sociétés. Tantôt c'est un syndicat de banquiers qui, après avoir souscrit l'intégralité des actions d'une société en voie de formation, en provoque la hausse factice et réalise sur leur négociation des bénéfices scandaleux. Tantôt, au lieu de se porter souscripteur primitif, ce syndicat joue le rôle de simple commissionnaire et stipule pour la rémunération de services imaginaires une prime exorbitante. Mais quel que soit le procédé, les résultats sont les mêmes : des travailleurs, des petits capitalistes ruinés en grand nombre, et, édifiées sur ces ruines, quelques énormes fortunes amassées avec une rapidité scandaleuse. — Tels sont les principaux abus et nous en omettons d'importants.

Depuis vingt ans en effet ils sont devenus plus fréquents que jamais. Il fut un temps où la spéculation cherchait principalement dans une application nouvelle d'idées économiques à satisfaire ses tendances. La réussite commerciale de l'entreprise projetée était pour ses fondateurs un stimulant énergique. Aujourd'hui que le courant des inventions s'est sensiblement ralenti, que la concurrence rend impossible la réalisation des bénéfices fabuleux qu'un monopole de fait assurait naguère aux organisateurs de sociétés industrielles, les hommes de la finance sont obligés de modifier leurs plans. Un fondateur ne saurait se contenter des modestes bénéfices qui assurent la rémunération des actionnaires. Il faut gagner beaucoup, sans travail et vite. Et alors,

comme on ne peut plus compter dès l'origine de la société sur de brillants inventaires, on imagine ces expédients ingénieux, ces combinaisons honnêtes que nous avons décrites; et tout naturellement, puisqu'il n'y a pas eu production de richesses, celles qui sont acquises par les financiers fondateurs sont prises au public.

Et cet état de choses présente plus de dangers qu'on ne pense; outre les ruines individuelles dont il est la cause, il constitue un péril social. Les sociétés véreuses, fondées dans le seul but de duper le public, engloutissent d'énormes capitaux; l'épargne diminue, devient méfiante et n'ose plus alimenter les compagnies industrielles de production qui celles-là contribuent à la richesse d'un pays. — Le spectacle des scandales financiers auxquels nous assistons depuis quelques années a soulevé des haines souvent trop légitimes. Fortunes scandaleuses, gagnées sans effort, sans rien produire, voilà ce qui trouble la conscience publique, la révolte et suscite des passions jalouses dans les classes laborieuses. On respecte peu la propriété lorsque la source en est douteuse.

Et pourtant, malgré l'insolence des abus, malgré la gravité du danger, malgré la violence du torrent, il est des hommes pour réclamer qu'on rase les digues déjà trop faibles qui l'enserrent, pour soutenir qu'il faut abolir les lois de 1867 et de 1893 et laisser aux fondateurs de sociétés anonymes toute liberté d'action. Ces gens-là pensent ou semblent penser que l'intérêt privé est une garantie efficace de la bonne constitution d'une société par actions, comme il en est une de la qualité d'une entreprise individuelle. Vous permettez, disent-ils, à un particulier d'organiser librement une exploitation, pourquoi ne proclamez-vous pas aussi la liberté pour plusieurs personnes de s'associer en vue d'une exploitation indentique? — Pourquoi? Parce que les conditions ne sont plus du tout les mêmes. Si la loi laisse libre le propriétaire ou l'entrepreneur ordinaire, c'est qu'il est responsable, que s'il opère bien il s'enrichit, s'il opère mal il se ruine de telle sorte que son intérêt particulier est toujours d'accord avec l'intérêt général de la Société. Mais il n'en va plus de même lorsqu'il s'agit d'une société anonyme: ses fondateurs ne sont pas responsables du résultat des premières opérations. Que l'entreprise soit mal conçue quant à son but, quant à sa direction, que les administrateurs soient incapables ou malhonnêtes, cela est parfaitement indifférent à ses

organiseurs ; il leur suffit que la société ait bonne renommée et bon aspect afin que les actions se placent facilement dans le public. A cet effet on recherche les noms de personnages connus par leur naissance ou des fonctions publiques ; on place l'entreprise sous leur patronage ; ils constituent le conseil d'administration. Qu'importe qu'ils n'aient ni connaissances techniques, ni pratique des affaires, ni vigilance, ni activité, ni parfois même honnêteté ? La société sombrera, mais depuis longtemps les fondateurs auront négocié leurs titres avec d'énormes bénéfices. Sont-ce là, nous le demandons, des conditions propres à faire naître des sociétés industrielles sérieuses, susceptibles de vivre et de prospérer ? Quoi qu'on en ait dit, il faut bien reconnaître que *l'intérêt privé n'est plus une garantie de la bonne constitution d'une société par actions comme il en est une de la qualité d'une entreprise individuelle*. On comprend donc que la loi intervienne et qu'elle cherche à suppléer, dans la mesure du possible, au grand mobile économique qui fait ici défaut, à l'intérêt individuel (1).

Il s'est trouvé cependant des publicistes pour combattre cette intervention législative que le raisonnement justifie et dont les faits établissent d'ailleurs avec surabondance la nécessité. Des audacieux ont dit que la liberté est respectable, même dans ses abus ; or c'est là ce que nous ne pouvons admettre. La liberté est limitée par l'utilité sociale (2) ; pourquoi refuser d'appliquer à la législation commerciale ce principe qui est la base de tout notre droit pénal ? — D'autres ont soutenu que le législateur devait s'abstenir parce qu'il était impuissant à réprimer les abus qui se produisent à l'origine des sociétés anonymes (3). Jolie théorie que celle qui consiste à laisser le champ libre aux agioteurs ! à ceux qui la professent nous répondrons d'ailleurs par l'histoire : la loi de 1856 n'a-t-elle pas mis un frein aux combinaisons scandaleuses que la liberté absolue des sociétés en commandite avait rendues si fréquentes ? Et la meilleure preuve que la loi gêne l'agiotage, c'est l'effort que font les spéculateurs pour la tourner ; rappelons-nous ce qui s'est passé après 1893 avec les parts bénéficiaires. —

(1) *Dictionnaire d'Economie politique*, v^o Société, page 885.

(2) Article de Georges Michel dans l'*Economiste français* 1889, I, 170.

(3) Article de M. Mathieu Bodet dans le *Journal des Economistes*, août 1882, page 165.

On a beau dire aussi que les actionnaires sont majeurs, que la loi ne doit pas les tenir en tutelle et qu'il faut au contraire les habituer à veiller eux-mêmes à leurs intérêts ⁽¹⁾ ; on a beau revêtir ces idées d'un style captivant : l'expérience demeure, plus forte que tous les raisonnements spécieux, et elle prouve que, dans l'état actuel tout au moins, les actionnaires et les tiers n'ont que trop besoin de la réglementation établie par la loi pour déjouer les fraudes des fondateurs de sociétés véreuses. Le régime de la liberté absolue ne tarderait pas à accumuler les désastres et produirait un résultat tout contraire à celui qu'on semble en attendre : au lieu de favoriser le développement de l'anonymat, il en paralyserait l'évolution ; et les capitaux se porteraient, comme ils en ont déjà la tendance, vers les valeurs qui paraissent de tout repos telles que les fonds d'Etat. Il faudrait émettre de nouveaux emprunts, aggraver la dette publique déjà si lourde, ou bien l'épargne demeurerait stérile ⁽²⁾.

Nous croyons donc à la nécessité d'une réglementation légale. Celle de 1867, complétée en 1893, répond-elle aux besoins actuels ? Bien qu'il soit puéril de nier complètement l'efficacité de ces lois, nous ne saurions les approuver sans réserve et, pour nous en tenir à celles de leurs dispositions qui sont analysées dans cette thèse, nous pensons qu'il en est parmi elles d'inutiles, d'autres dangereuses, d'autres enfin incomplètes. Il est permis de douter que les déclarations notariées imposées aux fondateurs constituent une garantie appréciable, d'estimer que les nullités multiples sont parfois dangereuses, que la vérification des apports pourrait être plus sérieusement établie, qu'il y a une lacune dans la loi quant aux parts de fondateur. Nous avons donné notre avis sur ces différents points au cours de cette étude : toutes les réformes que nous y avons signalées seraient, croyons-nous, fort utiles ; mais il en est d'autres plus radicales, qui paraîtront peut-être bien téméraires, mais que pourtant nous n'hésitons pas à proposer parce que nous les croyons éminemment efficaces.

En somme, le grand danger à l'origine d'une société anonyme

(1) LESCEUR, (Essai sur la législation des sociétés commerciales p. 370). — L. DONZEL (*des Sociétés par actions*) E. OLLIVIER, (*de la liberté des Sociétés*) *Journal des économistes*, avril 1882, p. 50, etc.

(2) *Dictionnaire d'économie politique*, 1^{er} c^o.

c'est l'agiotage : un syndicat de banquiers se forme qui souscrit tous les titres, en provoque la hausse factice à la bourse, puis s'en débarrasse par une vente publique ou en les écoulant peu à peu sur le marché. Dès que tous les titres sont vendus, le syndicat des banquiers fondateurs cesse de soutenir les cours, la baisse arrive et quand la baisse s'empare d'une valeur, on ne sait où elle s'arrête ; alors même que la société serait bien constituée elle perd son crédit et sombre. — A ce mal, on conçoit un premier remède qui consisterait à proscrire les syndicats de spéculation dont les syndicats d'émission ne sont qu'un type particulier. La loi pénale punit les coalitions formées en vue de fausser le cours des marchandises ; combien plus dangereuse et plus répréhensible la coalition des financiers pour fausser le cours d'une marchandise tout spécialement précieuse, des valeurs mobilières ! C'est, paraît-il, sous l'influence de ces idées que, vers 1880, le gouvernement s'était préparé à déposer un projet de loi tendant à interdire les syndicats d'émission « quand il a reculé lui-même devant le caractère draconien des réformes qu'il allait proposer » (1). C'est qu'en effet la suppression des syndicats financiers frapperait droit au cœur la spéculation qu'on entend respecter à tout prix, parce que, dit-on, elle rend à un pays des services inappréciables. Cette idée, nous l'avons trouvée affirmée dans bien des articles, en termes vagues, généraux : mais il ne s'en est pas rencontré un seul qui nous fasse toucher du doigt l'utilité réelle de la spéculation. On part de ce principe comme d'un axiome évident et pourtant, lorsqu'on cherche par l'examen des faits, à saisir les effets heureux de cette institution sacro-sainte on ne rencontre que les ruines qu'elle engendre et la démoralisation qui en naît. — On allègue que la spéculation empêche la brusque variation des cours, qu'elle permet aux sociétés de soutenir leur crédit ébranlé. Mais ce crédit, comment est-il attaqué ? le plus souvent par des manœuvres de bourse ; il n'est pas besoin du remède quand le mal n'existe pas. — On ajoute que la spéculation facilite les transactions ; sur ce point il faut s'entendre. Sans doute les modes de transmission du droit commercial, le transfert et la tradition sont plus rapides et plus commodes que les procédés correspondants du droit civil ; ils activent le mouvement des capitaux ; mais nous ne voyons pas

(1) Article de M. Thaller, dans *Revue critique*, 1881, p. 521.

en quoi l'abolition des syndicats financiers empêcherait la vente et l'achat de valeurs en bourse. L'article 419 du Code pénal est-il un obstacle au commerce honnête des marchandises ? Quoi qu'il en soit de ces considérations, il faut bien reconnaître que le courant actuel n'est pas favorable à la suppression des syndicats d'émission : il semble qu'ils aient passé dans nos mœurs, du moins jusqu'à ce qu'une réaction les en chasse.

Mais il est une autre réforme, peut-être plus efficace encore et en tous cas d'une application plus facile, dont la loi de 1893 paraît être en quelque sorte le signe précurseur. Ainsi que nous l'expliquions tout à l'heure, le problème posé au législateur consiste en ceci que l'intérêt des fondateurs de sociétés anonymes est tout autre que celui de ces sociétés, c'est-à-dire de leurs actionnaires, qui est l'intérêt public. Les abus viennent de ce que les fondateurs ne sont pas responsables, comme l'entrepreneur ordinaire, de l'exploitation qu'ils organisent. L'utilité publique demanderait que les sociétés par actions fussent constituées par des hommes qui en fissent leur affaire, identifiasent leur intérêt avec celui de la société, de telle sorte que sa ruine serait leur ruine et sa prospérité leur prospérité. Mais aujourd'hui il en est tout autrement : l'intérêt des fondateurs et celui de l'être moral que les actionnaires forment par leur réunion sont toujours bien distincts. Comment donc les identifier ? Par un moyen fort simple, en empêchant, pendant un certain temps, les premiers associés de se désintéresser de l'entreprise qu'ils ont créée. La loi a déjà fait un premier pas dans cette voie : elle déclare les actions d'apport intransmissibles par les modes du droit commercial, deux ans durant, et de plus, elle exige que toutes les actions soient nominatives jusqu'à leur entière libération. Ces mesures entravent l'agiotage. Elles lui enlèvent les actions d'apport. Puis, cette forme au porteur qui se prête si merveilleusement à la spéculation, la loi en interdit l'usage juste au moment le plus propice ; désormais, pour agir par simple tradition, il faut attendre jusqu'à la libération intégrale. Et alors on ne peut plus opérer que sur des titres qui coûtent fort cher, car ils sont entièrement libérés ; la spéculation est alourdie par la nécessité de faire l'avance de capitaux importants ⁽¹⁾. Ces précau-

(1) Et pourtant, malgré son incontestable utilité, l'immobilisation temporaire des actions d'apport a été depuis 1893 l'objet de vives attaques. On lui reproche

lions partielles ne sont-elles pas comme un acheminement vers une mesure plus radicale à laquelle on arrivera un jour ou l'autre et qui consisterait à déclarer que « *les actions ou titres quelconques émis par une société anonyme ne peuvent être négociés sur un marché public pendant les deux ans qui suivent la constitution de la société* » ? Un exemple mettra mieux en lumière la portée de la réforme que nous proposons : Voilà la Compagnie du canal de Panama qui se fonde ; elle émet des actions d'apport, des parts de fondateur, des actions de capital. Ces dernières sont souscrites par un syndicat qui fait aussitôt hausser les cours ; les actions restent pendant quelque temps au-dessus du pair, avec une variation insensible de 25 à 50 centimes par jour ; le syndicat vend et aussitôt elles tombent à 480, 460, 450, perdent le cours de 400, fléchissent à 360, et l'on connaît la suite. La même spéculation se produit, dans de plus vastes proportions encore, sur les actions d'apport et les parts bénéficiaires.

Aujourd'hui les actions d'apport seraient soustraites à ces agiotages éhontés ; les actions de capital s'y prêteraient encore quoique dans une mesure plus restreinte ; mais les financiers se dédommageraient largement en spéculant sur les parts de fondateur. Ces dangers qui subsistent, dont l'attention peut être détournée momentanément par la tranquillité relative du marché, mais, qui

surtout (LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. Appendix, n° 21) d'apporter à la constitution des sociétés anonymes un obstacle parfois insurmontable et de s'opposer ainsi au développement de l'anonymat. A ces objections que nous avons déjà essayé de réfuter, il n'est pas inutile d'opposer l'opinion de M. Vavasseur : « Rien de plus judicieux, dit-il, ni de plus sain que ce stage de deux ans imposé aux créateurs de l'entreprise pour justifier de sa vitalité et de la valeur de leurs titres. Je sais bien que les économistes libéraux se plaindront d'une atteinte à la liberté ; mais en vérité, l'imbécillité humaine est si grande qu'il est impossible d'assister impassible aux rapines et aux spoliations qui ont sévi si durement ruinant surtout les pauvres gens, détenteurs d'épargnes péniblement gagnées ». (*Revue des Sociétés*, 1896, p. 16 et 51). — Un courant de réaction contre la loi de 1893 s'est donc établi ; mais il faut se garder d'en exagérer la force. On n'ose proposer que des réformes partielles. C'est ainsi que l'amendement adopté récemment par une commission de la Chambre des députés (V. *supra* Livre I, Chap. I, Titre II *in fine*), n'autorise la négociation immédiate des actions d'apport que si « l'apport est fait à une société préexistante ». Il est vrai qu'à ce moment la société a déjà fait ses preuves et que les dangers de spéculation sont bien moins à redouter. Et pourtant il est permis de douter que cet amendement, même ainsi atténué, soit consacré législativement.

n'attendent qu'une occasion favorable pour se révéler avec éclat, on les conjure si, comme nous le proposons, toutes les actions et, d'une façon plus générale, tous les titres émis sous une forme quelconque par une société anonyme qui se fonde ne sont pas négociables avant qu'elle ait fait ses preuves.

Cette réforme rencontrerait sans doute de nombreux adversaires. Sans parler des financiers, qui bien haut accuseraient la loi de les tyranniser, il y aurait des économistes des députés et des sénateurs pour faire valoir contre ce projet les mêmes considérations dont ils se servirent en 1893 pour combattre M. Poirrier lorsqu'il proposa de proscrire pendant deux ans la négociation des actions d'apport. Ils allégueraient que l'impossibilité temporaire de négocier les titres émis par les sociétés anonymes apportera à leur constitution un obstacle insurmontable : elles se fondent toutes ou presque toutes aujourd'hui au moyen d'un syndicat d'émission dont les membres souscrivent la totalité du capital social ; consentiront-ils à jouer ce rôle s'ils ne peuvent négocier de suite les actions dont ils sont détenteurs ? Nous répondrons d'abord que cette prohibition n'est pas un obstacle absolu au jeu des syndicats d'émission ; les banquiers fondateurs ne se porteront plus souscripteurs primitifs : ils joueront le rôle de simples commissionnaires, quittes à stipuler pour le placement des titres une prime assez élevée ; grâce à l'appât de ce gain les organisateurs d'une société industrielle trouveront toujours des maisons de banque disposées à prêter leur concours pour lancer l'affaire. Sans doute celle-ci ne sera plus aussi fructueuse pour ces banquiers ; les titres n'étant plus négociables ils ne pourront, après en avoir provoqué la hausse, réaliser sur leur vente des bénéfices scandaleux ; mais quel mal y a-t-il à cela ? — On ajoute que la nécessité de rester, deux ans durant, enchaînés à la même société, éloigne les souscripteurs. Que cette perspective écarte les spéculateurs, nous sommes les premiers à le reconnaître, et ce résultat est précisément celui que nous cherchons. Mais elle n'influe pas sur la décision des capitalistes sérieux qui demandent un placement durable de leur épargne. D'ailleurs, quoi qu'on en dise, *les capitaux ainsi placés ne sont pas du tout immobilisés ; les titres émis demeurent cessibles par les modes du droit civil, rien n'empêche aussi de les constituer en gage.* On insiste et on prétend

que, si l'on n'inspirait pas aux capitalistes des espérances exagérées, si l'on n'attisait leur convoitise par la perspective du gain, ils n'auraient jamais assez de confiance pour entrer dans des entreprises nouvelles. Et dès lors mieux vaut avoir des sociétés fondées dans les conditions actuelles, avec des chances très incertaines de succès industriel et au prix d'un grand déplacement par le jeu des fortunes privées, que d'avoir peu ou point de sociétés par actions. Quelle qu'ait pu être autrefois la valeur de cette opinion, nous ne la croyons plus exacte. L'anonymat est aujourd'hui d'un usage courant ; le public se familiarise avec cette forme d'association : l'épargne s'accumule sans cesse et cherche des débouchés qu'elle ne trouve plus. Aussi lorsqu'une entreprise industrielle ou commerciale se présente avec quelques chances de succès, n'est-il pas besoin pour trouver des souscripteurs de recourir à l'appât du jeu, il leur suffit des bénéfices plus modestes qui sont distribués sous forme de dividendes.

Dira-t-on enfin que nous enlevons à la spéculation un nombre considérable de titres, que gênée chez nous, elle se transportera à l'étranger ? Mais ce ne serait pas un si grand mal que les capitaux français laissent à leurs voisins les grandes chances de pertes et de gains qui sont inhérentes aux négociations d'espérances et se réservent pour des sociétés éprouvées, moins brillantes, mais plus solides. Et d'ailleurs « quoi qu'on en dise, la spéculation n'abandonnerait pas un marché où les capitaux sont aussi abondants qu'à la bourse de Paris » (1). Ces titres eux-mêmes qu'on nous accuse de soustraire à la spéculation (cette égide de la Société !) nous les lui rendons au bout de deux ans. Il est vrai que ces deux années représentent la période des beaux coups de bourse : l'avenir industriel de la société n'est encore pas connu ; ses titres ne représentent que des espérances : il est d'autant plus facile de fausser les cours que l'état réel de l'entreprise est ignoré, que la notoriété de sa prospérité ou de sa décadence industrielle ne met point un frein aux combinaisons de hausses ou de baisses factices.

En somme l'intransmissibilité temporaire, par les modes du droit commercial, des titres émis à son origine par une société

(1) COURCELLE SENEUIL. Article dans le *Journal des Economistes*, d'août 1880 p. 181 et suivantes,

anonyme est un gage sérieux de sa prospérité en même temps qu'un obstacle efficace aux agiotages éhontés. Ce n'est pas payer trop cher cette sécurité que de sacrifier pour l'obtenir quelques négociations d'espérances dont l'utilité et la moralité sont si contestables qu'un économiste autorisé les déclare « inutiles à l'industrie et au moins suspectes au point de vue de l'honnêteté » (1).

Nous n'avons point d'ailleurs la naïveté de croire que cette

(1) COURCELLE SENEUIL, 1^o c^o. — Il est intéressant, à la fin de cette étude, de noter comment au cours de ces dernières années s'est affirmée partout la nécessité de réglementer plus étroitement la fondation des sociétés anonymes, comment, dans tous les pays, on a senti le besoin de protéger avec plus d'efficacité l'épargne publique contre les agissements des spéculateurs. En ce sens, plusieurs projets de loi se sont fait jour à l'étranger. Les uns cherchent un remède dans une publicité mieux organisée, les autres dans l'immobilisation relative et temporaire des titres émis par les sociétés anonymes. — En *Angleterre*, la commission désignée par le Board of Trade, en novembre 1894, pour rechercher les moyens de conjurer les abus auxquels ont donné lieu les sociétés par actions et de rendre effective la responsabilité des fondateurs qui se dérobent aux sanctions légales, n'a pas proposé d'apporter aucune restriction à la liberté de négociation des actions et titres analogues. Son but a été plutôt comme le dit le rapport « d'imposer à tout prospectus d'émission . . . de renfermer toutes les indications de nature à renseigner les souscripteurs sur les conditions d'entrée et de marche de l'entreprise, . . . les frais d'installation . . . », la provenance et le prix du matériel d'exploitation, etc. — D'autres projets reposent sur l'idée de prohiber pendant un certain temps la négociation des titres émis par les sociétés par actions, principe dont notre loi de 1893 contient une première application restreinte, mais auquel il se pourrait qu'un législateur plus hardi donne quelque jour un complet développement. Ainsi que nous l'expliquons au texte, de puissantes considérations militeraient en faveur de cette réforme plus radicale. Voici, à cet égard, l'état actuel des législations étrangères : Au *congrès des jurisconsultes allemands*, tenu en 1895, le rapporteur Goldschmidt proposait d'introduire, dès à présent, la règle interdisant pendant les 2 ans qui suivent l'enregistrement de la société, la négociation des actions délivrées en représentation d'apports en nature (loi du 1^{er} août 1893 en France). On voulait ajouter ce surcroît de sécurité à la Nouvelle de 1884 sur les sociétés par actions. Mais la section du congrès, chargée de l'examen de cette proposition, a préféré voter les conclusions du rapporteur, le conseiller de justice Reatz, aux termes desquelles le temps n'est pas encore venu de se prononcer en connaissance de cause sur l'insuffisance des moyens de protection introduits par la Nouvelle de 1884. — Mais c'est en *Norvège* que nous trouvons le projet le plus intéressant (projet du 3 mai 1894 : il est l'œuvre d'une commission présidée par le professeur Platau. Comme en Allemagne, on distingue la fondation successive (le capital social est réuni au moyen d'une émission publique) et la fondation simultanée (le capital social est entièrement souscrit par le groupe des fondateurs). Dans ce dernier cas, toutes les actions, appartenant aux fondateurs, restent inaliénables pendant les deux premières années (prescription qui dépasse en rigueur tout ce que nous font connaître les autres lois). — *Annales de droit commercial*, 1895, p. 228.

mesure réprimerait tous les abus qui se produisent à l'origine des sociétés anonymes. Elle ne rendrait pas la publicité plus véridique ; elle n'empêcherait pas les banquiers syndiqués qui procèdent en qualité de commissionnaires ⁽¹⁾ au placement des titres, de stipuler comme rémunération de leurs services des primes exagérées ⁽²⁾ ; elle ne parerait pas non plus à des fraudes peut-être inconnues aujourd'hui, mais que la nécessité ferait bien vite éclore de l'imagination féconde des spéculateurs. Mais, sans considérer cette réforme comme une panacée, nous la croyons pourtant très efficace, car elle repose sur une idée exacte qui nous semble même le nœud de la question. Nous cherchons à identifier l'intérêt de la société avec celui de ses fondateurs et de ses premiers actionnaires de telle sorte que, sa ruine étant leur ruine et sa prospérité leur prospérité, ils ne songent plus à former de ces entreprises éphémères et véreuses dont les liquidations ne firent que trop de scandales en ce siècle. A la prospérité des sociétés anonymes, comme à celle des exploitations particulières, nous voulons faire servir le grand mobile économique, l'intérêt individuel. — On dit que le législateur aurait tort d'intervenir, que tout est ici une question de mœurs, que la prudence et l'attention des souscripteurs et des obligataires, mieux que les lois les plus sévères, déjoueront la fraude et feront avorter les projets de sociétés véreuses. Il y aurait du vrai dans tout cela si, comme on le suppose, les actionnaires étaient prudents et attentifs. Sans doute il y a ici une question de mœurs, en ce sens que le temps et l'expérience pourront faire l'éducation du public et que plus tard peut-être, comme le mineur devenu majeur, il n'aura plus besoin de protection. Mais telle n'est point la situation actuelle. Nos mœurs financières ne sont pas formées ou du moins elles le sont bien mal : les uns sont malhonnêtes, les autres trop naïfs. Chaque jour

(1) Ainsi que nous l'avons expliqué, ils ne joueraient plus le rôle de souscripteurs primitifs car en cette qualité ils demeureraient trop longtemps liés à la société.

(2) Cet abus deviendrait d'autant plus grave que, les banquiers qui procèdent à l'émission n'étant plus actionnaires, il ne serait pas besoin de soumettre à l'approbation de l'assemblée générale les primes qu'ils stipulent à leur profit : l'art. 4 ne parle en effet que « avantages particuliers concédés aux associés ». Il serait donc utile qu'un texte spécial soumette, en toute hypothèse, les primes d'émission à la vérification des souscripteurs.

une épargne péniblement accumulée devient la proie des financiers, dont le seul travail consiste à donner quelques ordres à la bourse. Et la loi laisserait faire ! Nous pensions pourtant qu'elle avait pour mission de protéger le travail contre la fraude. Plus tard (et encore ne voyons-nous cette époque que loin, bien loin dans l'avenir !) l'intervention législative deviendra peut-être inutile ; mais assurément nous n'en sommes pas à cette phase de l'évolution sociale.

Vu : le Président de Thèse,

E. BAILLY

Vu : le Doyen,

E. BAILLY

Vu et permis d'imprimer,

Dijon, le 10 Mai 1896,

Le Recteur de l'Académie,

GASTON BIZOS.



ERRATA

Pages	Au lieu de :	Lisez :
10 ligne 6	attribué,	attribuée.
11 note 2, ligne 2	Lyon-Coën,	Lyon-Caen.
11 note 2, ligne 2	communal,	commercial.
18 ligne 8	criticables,	critiquables.
20 ligne 6	de requêtes,	des requêtes.
44 ligne 15	parfaitemen,	parfaitement.
76 ligne 30	aurait,	auraient.
109 ligne 20	par loi,	par la loi.
126 ligne 8	espèce,	espèces.
148 note 1, ligne 1	181,	1881.
178 ligne 9	D'ailteurs,	D'ailleurs.
191 ligne 31	intégrale,	intégral.



TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE.	
Qui est fondateur d'une société anonyme . . .	10
DEUXIÈME PARTIE.	
Devoirs des fondateurs ; leur sanction.	26
LIVRE I. — Devoirs des fondateurs (simple énumération).	26
LIVRE II. — Sanction des devoirs imposés aux fondateurs	29
CHAPITRE I. — <i>Nullité de la société (notion très sommaire)</i>	30
CHAPITRE II. — <i>Responsabilité des fondateurs</i> .	30
TITRE I. — Responsabilité civile des fondateurs de sociétés anonymes	31
SECTION I. — Responsabilité des fondateurs vis-à-vis des associés.	34
§ I. — Responsabilité de droit commun	34
§ II. — Responsabilité édictée par l'article 42 de la loi de 1867.	40
I. — Base juridique. — Etendue	41
II. — Par qui et en quelle forme l'action en responsabilité doit être intentée	54

	PAGES
SECTION II. — Responsabilité des fondateurs vis-à-vis des tiers.	59
§ I. — Responsabilité de droit commun.	59
§ II. — Responsabilité édictée par l'article 42 de la loi de 1867	61
I. — Base juridique. — Etendue	61
II. — Par qui et en quelle forme l'action en responsabilité doit être intentée	67
 TITRE II. — Responsabilité pénale des fondateurs de sociétés anonymes	 70
 SECTION I. — Pénalités spéciales édictées par la loi du 24 juillet 1867	 71
§ I. — Emission irrégulière d'actions (art. 13).	72
§ II. — Publication de la valeur d'actions irrégulièrement émises (art. 14)	77
§ III. Simulation de souscriptions ou de versements (art. 15 1 ^o)	77
§ IV. Publication de faits faux (article 15 2 ^o).	81
 SECTION II. — Délits de droit commun	 82
 TITRE III. — Prescription des actions en responsabilité	 88
 SECTION I. — La responsabilité civile des fondateurs est seule engagée	 89
 SECTION II. — La responsabilité pénale des fondateurs est engagée en même temps que leur responsabilité civile	 94
 APPENDICE. — <i>Aperçu législatif. — Ce que valent les sanctions par lesquelles la loi assure le respect des devoirs qu'elle impose aux fondateurs de sociétés anonymes . .</i>	 96

TROISIÈME PARTIE.

Des droits des fondateurs de sociétés anonymes	114
--	-----

	PAGES
LIVRE I. — Des titres attribués aux fondateurs en représentation de ceux de leurs apports qui forment une partie aliquote du capital social. .	116
CHAPITRE I. — <i>Des actions de fondation ou d'ap- port</i>	117
TITRE I. — Quels apports elles rémunèrent . . .	118
TITRE II. — A quelles conditions elles peuvent être créées et transmises	119
SECTION I. — Législation actuelle	120
§ I. — Approbation des apports en nature	120
§ II. — Libération intégrale, non négociabilité temporaire des actions d'apport.	127
SECTION II. — Réformes proposées	134
TITRE III. — Quels droits confèrent les actions d'apport	138
OBSERVATION. — <i>Des actions industrielles</i>	139
CHAPITRE II. — <i>Des actions de priorité</i>	142
CHAPITRE III. — <i>Des actions à prime</i>	145
LIVRE II. — Des droits conférés aux fondateurs pour rémunérer ceux de leurs apports qui n'en- trent pour aucune part dans la composition du capital social	152
CHAPITRE I. — <i>Procédés divers</i>	159
CHAPITRE II. — <i>Des parts de fondateur</i>	162
TITRE I. — Historique des parts de fondateur. — Leurs applications pratiques	162

	PAGES
TITRE II. — De la légalité des parts de fondateur. — Leur nature et leur caractère juridique . . .	170
TITRE III. — A quelles conditions les parts de fondateur peuvent être créées et transmises . . .	185
SECTION I. — A quelles conditions elles peuvent être créées	185
SECTION II. — A quelles conditions elles peuvent être transmises.	186
§ I. — A quelle époque elles peuvent être transmises . .	186
§ II. — Quelles formes elles peuvent revêtir	197
§ III. — Quel est leur régime fiscal	199
TITRE IV. — Des droits attachés aux parts de fondateurs	204
SECTION I. — Absence de droits sur le capital. — Exclusion de la gestion sociale	205
SECTION II. — Droits sur les bénéfices.	206
SECTION III. — Difficultés que fait naître la combinaison des règles précédentes	207
CONCLUSION	224



